

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre
cónyuges**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Luis Rueda Esteban

Madrid, 2014

INDICE GENERAL

CAPÍTULO I.- LOS ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA SUCESORIA EN EL DERECHO ROMANO. 1.- INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO. 2.-ORIGEN DE LA FIDUCIA: EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO, DEFINICIÓN Y FUENTES DE LA FIDUCIA COMO ANTECEDENTE DE LA FIDUCIA SUCESORIA. 3.-ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO: SU CONFIGURACION Y CONSTITUCION. 3.1.- *MANCIPATIO FIDUCIAE CAUSA* 3. 2.- *PACTUM FIDUCIAE* 3.3.- *CAUSA FIDUCIAE*. 3.4.- *CONTENIDO: OTROS PACTOS*. 3.5.- *PACTUM VENDENDI*. 3.6.-*ACTIO FIDUCIAE: TUTELA PROCESAL*. 4. LA MODALIZACIÓN DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES. COLOFON FINAL EN LA EPOCA CLASICA Y POSTCLASICA DE LA FIDUCIA: LA FIDUCIA SUCESORIA.

CAPITULO II.- LOS INDICIOS DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO GERMÁNICO Y GÓTICO. 1.- DERECHO GERMANICO. 2.- DERECHO GOTICO Y ROMANO VULGAR (SIGLOS III-VIII)

CAPÍTULO III.- LA ALTA EDAD MEDIA (SIGLOS VIII-XIII). 1.- INTRODUCCIÓN: EL TESTAMENTO ORAL Y EL TESTAMENTO ESCRITO. 2.-LAS INSTITUCIONES SEGÚN LA PRÁCTICA DOCUMENTADA. 3.- FUENTES EN DERECHO ESPAÑOL: ALGUNOS FUEROS. 3.1.-FUEROS EN EL DERECHO CASTELLANO. 3.1.1.- Fuero de Sepúlveda. 3.1.2.- Fuero de Cuenca. 3.1.3.- Fuero de Teruel. 3.1.4.- Fuero de Guadalajara. 3.1.5.- Fuero de Soria. 3.1.6.- Fueros de Salamanca y Ledesma. 3.2.- FUEROS DE DERECHO NAVARRO Y ARAGONÉS. 3.2.1. Fuero de Jaca-Pamplona. 3.2.2.- Fuero de Estella. 3.2.3.- El Fuero de Tudela. 3.2.4. Fuero de Viguera y Val de Funes. 3.2.5. Fueros de la Novenera.

CAPÍTULO IV.- EL DERECHO CANÓNICO Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN EN LA CODIFICACIÓN. 1.-DE LA RECEPCION ROMANO CANONICA A LA CODIFICACION (SIGLOS XIII-XIX). 2. DERECHO CANONICO. 2.1-La decretal "*cum tibi*" de Inocencio III. 2.2. Los fiduciarios en las causas pías y en los "*male ablata*". 2.3.-Efecto de las normas de Derecho Canónico en la legislación civil actual 3. LA VIGILANCIA Y EJECUCIÓN ECLESIAÍSTICA DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD. 4.-SIGLO XIII: EL IUS COMUNE: LA CONFIGURACION DE LA FIDUCIA TESTAMENTARIA EN LA DOCTRINA Y EN EL FORO. 5.- DEL SIGLO XII A LA PRIMERA MITAD DEL XIV. 6.- DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIV AL SIGLO XVI. 7.- EL SIGLO XVI. 8.-REELABORACION DE LOS DERECHOS TERRITORIALES EN ESPAÑA. 8.1.- DERECHO CASTELLANO. 8.1.1.- El Fuero Juzgo. 8.1.2.- Libro de los Fueros de Castilla. 8.1.3.- Fuero Viejo de Castilla. 8.1.4.- El Fuero Real. 8.1.5.- En las llamadas "Leyes Nuevas". 8.1.6.- En las "Leyes de Estilo". 8.1.7.- Las Partidas (s. XIII). 8.1.8.- Ordenamiento de Alcalá. 8.1.9.- Ordenanzas reales de Castilla. 8.1.10.- Leyes de Toro. 8.1.11.- La Nueva Recopilación de las leyes de Castilla. 8.1.12.-La Novísima Recopilación. 8.2 DERECHO NAVARRO. 8.2.1.- Fuero General de Navarra y Amejoramientos. 8.2.2. El Fuero Reducido. 8.2.3. Los Fueros y las costumbres de la Baja Navarra. 8.2.4.- Recopilación de Chavier. 8.2.5.- La Novísima Recopilación. 8.2.6.- Cuadernos de Cortes. 8.3- EL DERECHO CATALÁN (SIGLOS XIII-XIX). 8.3.1- "Los Usatges" de Barcelona (s. XIII). 8.3.2- "*Recognoverunt proceres*". 8.3.3- "Consuetudines ilerdenses". 8.3.4- "Costums de Tortosa". 8.3.5.- "*Consuetudines diocesis gerundensis*". 8.3.6.- Recopilaciones del Derecho catalán.

CAPÍTULO V.- LA CODIFICACIÓN EN DERECHO COMÚN (1808-1889) 1.- El Proyecto de Código civil de 1821 (oficial). 2.- La Real Orden de 22 diciembre 1831. 3.- El Proyecto privado de Gorosábel de 1832. 4.-Proyecto de Código civil de 1836 (oficial). 5.- Proyecto de Código Civil de FERNANDEZ DE LA HOZ, de 1843. 6.-Proyecto de Código civil de 1851 (oficial). 7.- Código Civil de España por

RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE, de 1852. 8. Ley hipotecaria de 1861. 9.- Proyecto privado de Sánchez de Molina (1871-1873). 10.- Otros proyectos privados: el Proyecto privado de Sabino Herrero (1872) y el Proyecto privado de Navarro Amandi (1880). 11. Anteproyecto de 1881-1888. 12.- El Código Civil de 1889. 13.- Panorama tras la gran Reforma de 2 de mayo de 1975. 14.- Reforma de 13 de Mayo de 1981.

CAPÍTULO VI.- FINALIDAD, NATURALEZA Y CARACTERES DEL ARTÍCULO 831 CC. 1.- LA NUEVA FINALIDAD DEL PRECEPTO CON LA LEY 41/2003. LEY 41/2003 de 18 de Noviembre de creación del patrimonio protegido y sobre protección de discapacitados y modificación del C.c. en materia de sucesiones y autotutela. 2.-NATURALEZA DEL PRECEPTO Y SUS CARACTERES. 3.- ARTÍCULO 831 CC COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA. CRISIS DE ESTE PRINCIPIO. 4.- UTILIDAD DEL ARTÍCULO 831 REFORMADO A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES. BREVE JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 41/2003 EN MATERIA SUCESORIA. 5.-ALCANCE E INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO.

CAPÍTULO VII.- 1.-EL TESTAMENTO COMO PRESUPUESTO DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR Y DISTRIBUIR. 2.- TEXTO EN EL CODIGO CIVIL DE 1889. 3.- REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO DE 1975. 4.- REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981. 5.- REFORMA DEL ARTÍCULO 831 INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA. 6.- REQUISITOS DEL DOCUMENTO QUE INSTITUYE O CONCEDE LA FIDUCIA. 7.- BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES.

CAPÍTULO VIII.- PRESUPUESTOS PARA LA VALIDEZ Y EJERCICIO DE LA DELEGACION. 1.-EXISTENCIA DE MATRIMONIO Ó RELACIÓN ANÁLOGA. 2.-EFECTOS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO, TRAS LA CONCESIÓN DE LA FIDUCIA EN EL TESTAMENTO; EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN EN SU CASO. 2.1.- Situación normal. 2.2.- Situación de matrimonio divorciado. 2.3- Efectos para el caso de nulidad del matrimonio. 2.4- Efectos en la fiducia para el caso de separación legal. 2.5- En caso de separación de hecho entre los cónyuges. 2.6 Excepción común a todos los supuestos anteriores 3.- LA RELACIÓN ANÁLOGA AL MATRIMONIO. PAREJAS DE HECHO. 4.-NO HABER PASADO A POSTERIOR MATRIMONIO O RELACIÓN DE HECHO ANÁLOGA O TENIDO ALGÚN HIJO NO COMÚN. 5.-LA DISPENSA DEL TESTADOR RESPECTO DE ESTAS CAUSAS DE EXTINCIÓN POR FALTA DEL PRESUPUESTO. 6.-QUE SOBREVIVAN HIJOS COMUNES. 7.-EL PRESUPUESTO DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES. LA CUESTIÓN DEL *CONCEPTURUS*. 8.-DESCENDENCIA EN COMUN DE LAS PAREJAS DE HECHO.

CAPÍTULO IX.- LOS ELEMENTOS PERSONALES O SUBJETIVOS DE LA FIDUCIA. 1.- EL ORDENANTE O CONCEDENTE COMO COMITENTE DE LA INSTITUCIÓN. 1.1.- Carácter unilateral del artículo 831 CC. 1.2.- La cuestión de la reciprocidad de la delegación. 1.3.- Revocabilidad de la concesión. 2.-LA VECINDAD CIVIL DEL TESTADOR CAUSANTE DE LA FIDUCIA. 3.-LA CAPACIDAD DEL TESTADOR QUE INSTITUYE LA FIDUCIA. 4.-EL FIDUCIARIO: CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO CONCESIONARIO DE LA FACULTAD DE MEJORAR, PARTIR, DISTRIBUIR Y ADJUDICAR. 5.- LA VECINDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO. 6.-CAPACIDAD DEL FIDUCIARIO EN GENERAL. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL FIDUCIARIO. 7.-LA CAPACIDAD DE SUCEDER EN EL FIDUCIARIO. 8.-OTRAS INCAPACIDADES: LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EL

FIDUCIARIO Y LA QUIEBRA DE LA CONFIANZA. 9.- LA ACEPTACIÓN DEL FIDUCIARIO: TIEMPO Y EFECTOS. 10.- RELACIÓN DEL TESTADOR CAUSANTE CON EL FIDUCIARIO. 11.- BENEFICIARIOS: LAS PERSONAS ENTRE LAS QUE EL FIDUCIARIO PUEDE DISTRIBUIR LA HERENCIA DEL CAUSANTE. 12.- CAPACIDAD DE LOS BENEFICIARIOS.

CAPITULO X.- LAS FACULTADES DEL CÓNYUGE SUPERSTITE: SU CONTENIDO. 1.- ALCANCE DE LA NORMA. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA FUNCION DEL FIDUCIARIO. 2.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS FACULTADES CONFERIDAS. 3.- CONTENIDO Y EXTENSIÓN GENERAL DE LAS FACULTADES: MEJORAS, ATRIBUCIONES, ADJUDICACIONES. 4.- LA FACULTAD DE MEJORAR. 5.-FACULTAD DE DISTRIBUIR, ATRIBUIR Y ADJUDICAR BIENES CONCRETOS. 6.- LA FACULTAD DE ADJUDICAR Y ATRIBUIR: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL HIJO O DESCENDIENTE INCAPAZ (ARTICULO 822 CC). 7.-LA FACULTAD DE PARTIR. 8.- LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. 9.- LA POSIBILIDAD DE NOMBRAR HEREDEROS O LEGATARIOS. 10.-OTRAS POSIBLES FACULTADES. 11.- LO QUE ESTA PROHIBIDO HACER AL DELEGADO.

CAPITULO XI.- FACULTADES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE: SUS LÍMITES. 1.- INTRODUCCION: CONSIDERACIÓN HISTORICA DE LOS LÍMITES TRADICIONALES DEL 831. 1.1.- Límites derivados de la relación entre el 831 CC y otros principios y artículos del Código Civil. 1.2.- Límites derivados de la voluntad del concedente. 2.- POSIBLES MEJORADOS. 3.- DISPOSICIONES DEL TESTADOR, LEGÍTIMAS Y LEGITIMARIOS. 3.1.- LA OBSERVANCIA Y RESPETO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR. 3.2.-LAS MEJORAS EN PARTICULAR. 3.3.- CONCLUSION: “DEMAS DISPOSICIONES DEL

CAUSANTE". 4.-RESPETO A LA LEGÍTIMA ESTRUCTA DE LOS DESCENDIENTES COMUNES. 4.1- La protección especial en el artículo 831 CC. 4.2-La cuestión de la cuantía de la legítima. 4.3- conclusiones respecto al límite de la legítima estricta de los descendientes comunes. 5.-ACCIONES DE LOS DESCENDIENTES COMUNES QUE SON LEGITIMARIOS DEL TESTADOR. 6.- NO ALTERACIÓN DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES NO COMUNES. 7.-EFECTOS Y DEFENSA DEL LEGITIMARIO QUE NO ES DESCENDIENTE COMÚN. 8.- LA FORMA DE PAGO Y LOS BIENES CON LOS QUE SE PUEDE REALIZAR LA SATISFACCIÓN. 9.- TIEMPO DE PAGO DE LA LEGÍTIMA ESTRUCTA. 10.- POSIBILIDAD DE GRAVAR LAS LEGÍTIMAS CON SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DEL INCAPAZ (ARTS. 808 Y 782 CC). 11.- LAS FACULTADES PARTICIONALES RESPECTO DE DESCENDIENTES NO COMUNES: EL APODERAMIENTO LEGAL. 12.- PAGO DE LEGÍTIMAS Y CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON CARGO AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE FACULTADO. 13.- PRETERICIÓN DE UN DESCENDIENTE NO COMÚN. 14.-PRETERICIÓN DE UN HIJO O DESCENDIENTE COMÚN. 15.-EL ARTÍCULO 831 COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.

CAPITULO XII.- EL EJERCICIO DE LA COMISIÓN Ó ENCARGO: EJECUCIÓN DE LA DELEGACIÓN Y DE LA FIDUCIA. 1.- FORMAS DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA. 1.1.- LAS FORMAS MATERIALES. 1.2 RETROACCION. 2.- FORMAS DOCUMENTALES DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA. 2.1-FORMAS DOCUMENTALES. 2.2-REVOCACION. 3.-LA EXPRESION DE LA CAUSA EN EL DOCUMENTO DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA. 4.-ADMINISTRACION DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN EL CAUDAL RELICTO. 5.-LA ESPECIAL SITUACIÓN JURIDICA DE PENDENCIA DE LA HERENCIA. 6.-LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A LA FIDUCIA. 7.-RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO. 8.- LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES

CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. 8.1-EQUIVALENCIA DE LA PARTICIÓN QUE REALIZA EL FIDUCIARIO A LA REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR. 8.2-PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. 8.3-MEJORAS, ADJUDICACIONES Y ATRIBUCIONES CON BIENES DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. 8.4 -PAGO DE LEGÍTIMAS Y CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON CARGO AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE FACULTADO. 9.- COLACION E IMPUTACION. 10.- EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS GASTOS REALIZADOS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES DEL DESCENDIENTE DISCAPACITADO. 11.- LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS. LA ADJUDICACION DE BIENES CONCRETOS, ESPECÍFICOS O DETERMINADOS. 12.-ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN. SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES.

CAPITULO XIII.- LA EXTINCIÓN Y SUS FORMAS. 1.-EL PLAZO PARA EJECUTAR LA FIDUCIA. 1.1- EL PLAZO, SU EVOLUCION HISTORICA EN LAS SUCESIVAS REDACCIONES DEL 831 Y SU IMPORTANCIA E INFLUENCIA EN LA EFICACIA DE LA FIDUCIA. 1.2- LA REDACCIÓN ACTUAL POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCION PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1.3.-SUPUESTOS DE PLAZO Y SU APLICACIÓN. 2.- INICIO Y COMPUTO DEL PLAZO. 3.- ASPECTO CRÍTICO DE LA FIJACIÓN Y DETERMINACION DEL PLAZO. EL PLAZO ES EXIGUO E INSUFICIENTE. 4.-EL PLAZO VOLUNTARIO Y LA POSIBILIDAD DE CONCEDER LA DELEGACIÓN POR TODA LA VIDA DEL FIDUCIARIO. 5.- EL PLAZO LEGAL: EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 831 PREVEÉ DOS PLAZOS LEGALES. 6.-EL PLAZO LEGAL CONCEDIDO AL FIDUCIARIO EN CONSIDERACIÓN DE LA POSIBILIDAD

DE MEJORAR A LOS NIETOS Y DESCENDIENTES DE ULTERIOR GRADO, SEAN O NO LEGITIMARIOS. 7.- LA CONVENIENCIA EN LA PRÁCTICA DEL PLAZO VITALICIO CON LA FACULTAD DE EJECUTAR LA FIDUCIA POR ACTOS *MORTIS CAUSA*. 8.- EXTINCIÓN DE LA FACULTAD ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO. 8.1- PASAR A ULTERIOR MATRIMONIO O RELACIÓN DE HECHO ANÁLOGA O SUPERVENIENCIA DE UN HIJO NO COMÚN. 8.2 LA REVOCACIÓN DE LA FIDUCIA. 8.3- LA RUPTURA MATRIMONIAL. SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 9.-PERDIDA DE LAS CONDICIONES PARA SER FIDUCIARIO. LA INDIGNIDAD SUCESORIA DEL CONYUGE O PAREJA FIDUCIARIA. 10.-EFECTOS PARA EL CASO DE EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA ANTES DE HABER SIDO EJERCIDA LA MISMA. 11.-EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PARCIAL O TOTAL DE LA FIDUCIA ANTES DE LA EXTINCIÓN ANTICIPADA. 12.-LA RENUNCIA. 13.- LA CUESTIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL FIDUCIARIO.

CAPÍTULO XIV.- LA APLICACIÓN COMBINADA DE LA FACULTAD PARTICIONAL DEL ARTÍCULO 1056 2) DEL CÓDIGO CIVIL CON LA DELEGACIÓN DEL 831. INTRODUCCIÓN: 1.-LA ADJUDICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR TRAS LA LEY 7/2003, DE 1 DE ABRIL, DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA. 2.-BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. PRECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1056 2). 3.-FUNDAMENTO Y SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 1056 2). 4.-SUJETOS DE LA PARTICIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 1056 PÁRRAFO 2º. 5.-LA FINALIDAD JUSTIFICANTE: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA O EL INTERÉS DE LA FAMILIA. 6.-ELEMENTOS REALES. LA EMPRESA. EXPLOTACIÓN ECONÓMICA. LA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO. 7.-LA ADJUDICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADJUDICACIÓN. 8.-POSICIÓN JURÍDICA DEL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACIÓN. 9.-EL PAGO DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO. NATURALEZA Y POSICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DEL LEGITIMARIO. 10.-GARANTÍAS DEL PAGO EN METÁLICO A LOS DEMÁS INTERESADOS. 11.-EL INCISO FINAL DEL 1056 2). 12.-TIEMPO DE

DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DEL METALICO O FORMAS DE PAGO COMPENSATORIO. BREVE RESEÑA HISTORICA. 13.-LAS FORMAS DE PAGO DE LA LEGÍTIMA A LOS DEMAS INTERESADOS. 14.-EL APLAZAMIENTO DE PAGO. 15.-OTRAS FORMAS DE PAGO: LAS QUE DERIVEN DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. 16.-FORMA SUPLETORIA FINAL. 17.-NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE AMBAS FIGURAS. 17.1.- NATURALEZA DE LA CLAUSULA DE ADJUDICACIÓN Y LA DE LA DELEGACION DEL 831. 17.2.- EXIGENCIAS OBJETIVAS. 17.3.- EL PLAZO PARA LA EJECUCION DE LA DISPOSICION DEL CAUSANTE. 17.4.- LAS FACULTADES CONFERIDAS POR AMBOS PRECEPTOS Y LOS POSIBLES BENEFICIARIOS. 17.5.- LA PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS. 18.-LA COMBINACIÓN DE AMBAS FIGURAS.

CAPITULO XV.- EL FIDUCIARIO DEL ARTÍCULO 831 CC Y LA FACULTAD DE GRAVAR CON SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS O CON FIDEICOMISOS A FAVOR DE HIJOS O DESCENDIENTES COMO FORMA DE MEJORA. 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA LEY 41/2003. BREVE REFERENCIA A LOS CAMBIOS OPERADOS EN MATERIA SUCESORIA POR ESTA LEY. 3.- EN ESPECIAL, LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: EL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL: SU REDACCIÓN ORIGINARIA Y LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY 41/2003. 4.-SUJETOS QUE PUEDEN TENER LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIOS: LOS BENEFICIARIOS INCAPACITADOS. 5.-CUESTIONES QUE LA DOCTRINA Y LA PRACTICA APRECIA CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 782 CC. 5.2.1 INVENTARIO. 5.2.2 GARANTIAS. 6.- CONTENIDO DEL FIDEICOMISO. 7.- ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL FIDEICOMISO. 8.- ENAJENACIÓN O ACTOS ASIMILABLES SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS. 9.-FINALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO: LA ENTREGA. DEDUCCIONES POSIBLES SOBRE LA HERENCIA QUE SE HABRÁ DE ENTREGAR AL FIDEICOMISARIO. 10.-RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO POR LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO. LA RENDICIÓN DE CUENTAS. 11.-EFECTOS. 11.1 EFECTOS EN EL

TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN. 11.2 EFECTOS RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS. 12.-POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN POR EL DELEGADO DEL 831 CC, DEL FIDEICOMISO DEL 808.3, ENTRE LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE MEJORAR A LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES.

APENDICES. ANEXO 1: MODELO DE TESTAMENTO CON FIDUCIA SUCESORIA DEL 831 CC. ANEXO 2. MODELOS INSCRIPCIÓN DE FIDUCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ANEXO 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA FIDUCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CAUNDO HAY SOMETIMIENTO A CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TESTADOR. 3.1.-La concesión de la facultad de mejorar del artículo 831 CC sometida a una carga modal o a condición resolutoria. 3.1.1 Inscripción de la cláusula de fiducia del 831 CC en estos casos. 3.1.2. Inscripción de sustituciones fideicomisarias. A) INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN A FAVOR DEL FIDUCIARIO. B) INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN POR EL FIDEICOMISARIO AL DEFERÍRSELE EL FIDEICOMISO A SU FAVOR. C) CONSTANCIA REGISTRAL DE HABERSE CONSOLIDADO EL DERECHO DEL FIDUCIARIO POR FRUSTRACIÓN DEL GRAVAMEN FIDEICOMISARIO. D) GARANTÍAS DE LOS OTROS LEGITIMARIOS

CAPÍTULO PRIMERO (I). LOS ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA SUCESORIA EN EL DERECHO ROMANO.

1.-INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

La concesión de la facultad entre cónyuges para distribuir y mejorar, no es más que una fiducia sucesoria; y ésta es a su vez, una adaptación de la fiducia del Derecho romano a las necesidades del Derecho sucesorio, si bien, como veremos, ya en la misma Roma, la fiducia que había nacido como un ente de confianza se mutó en derecho de garantía (de fiducia *cum amico* a fiducia *cum creditore*) se utilizó posteriormente, también para cuestiones hereditarias complejas.

HERNANDEZ TEJERO¹ definió la fiducia << en general, como un negocio jurídico por el cual una de las partes, recibiendo una cosa mediante *mancipatio* o la *in iure cessio*, se obliga, con una convención añadida, a restituirla a quien se la transfirió o bien a desprenderse de ella dándole un determinado destino, sirviendo una determinada finalidad >>. Así pues, vamos a analizar brevemente su evolución a lo largo de los diferentes períodos del Derecho romano.

2.-ORIGEN DE LA FIDUCIA: EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO, DEFINICIÓN Y FUENTES DE LA FIDUCIA COMO ANTECEDENTE DE LA FIDUCIA SUCESORIA

La figura de la *fiducia cum amico* constituyó la primera manifestación del negocio fiduciario y su nacimiento se sitúa en la época del Derecho romano arcaico. Con carácter general, podría apuntarse que la *fiducia cum amico* sirvió para alcanzar distintas finalidades que más adelante se verían satisfechas con contratos específicos como el depósito, comodato o mandato.

Según ARANGIO RUIZ², en una época en que sólo conocemos los textos por fuentes indirectas, la *fiducia cum amico* habría sido utilizada con la finalidad de evitar la confiscación o el embargo de determinados bienes, confiándolos a un amigo que por su influencia social o política diese mayores garantías de inmunidad. Asimismo, la *fiducia cum amico* se empleó más adelante como medio para sustraerse del *ius civile*,

¹HERNANDEZ-TEJERO JORGE, F. Lecciones de Derecho romano. 3ª edición. Ediciones Darro, Madrid. 1978 (pag. 205 y ss). También en la obra “Derecho Romano” Editorial Escelicer S.A. Madrid 1959. (páginas 313 y 314).

²ARANGIO RUIZ, V. “Instituciones de Derecho romano” Napoles, 1952 (pag 381) Recogido también en Historia del Derecho romano. 5ª edición. Editorial Reus S. A. 1994.

beneficiando a personas legalmente incapaces de adquirir, por medio de una propiedad fiduciaria a otra persona en beneficio de las personas legalmente incapaces. Posteriormente *la fiducia cum amico* evolucionaría y sería utilizada como más adelante se apuntará, en el ámbito de las relaciones familiares con finalidades diversas. De aquí surgió la más conocida *fiducia cum creditore*.

El nacimiento de *la fiducia cum creditore* no está claro, aunque la mayoría de autores califican este negocio como de Derecho arcaico. En este sentido, BURDESE³ apunta que la institución fiduciaria se utilizó para fines de garantía real como consecuencia del rigor del procedimiento ejecutivo arcaico. De esta forma, se explica, por razones prácticas, la generalización de la fiducia en este ámbito de garantías.

La expansión de la economía monetaria en la época imperial originó la creación de nuevas figuras contractuales⁴, más ágiles que las rigurosas formas *per aes et libram*, que permitían desarrollar la actividad crediticia, asimismo los nuevos modos de transmisión, como la *traditio*, caracterizados por el acuerdo causal translativo y no por la forma; supusieron un desuso de la *fiducia*, ya que ésta se apoyaba en los modos formales de transmisión como la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Con la utilización de la prenda, el comodato y depósito, y los nuevos modos de adquirir la propiedad, la *fiducia* cayó en desuso. Pero hasta ese momento supuso, como veremos, una institución fundamental en el sistema jurídico romano.

De todas esas finalidades de la fiducia en el derecho arcaico, la más utilizada y que llamó la atención a los legisladores romanos fue la que tenía función de garantía; era la contraída por un acreedor a quien el deudor había transmitido la propiedad de una cosa en garantía, conviniéndose que al pago de la deuda sería devuelta. Así lo conceptúa ARIAS RAMOS⁵ para quien se trata esencialmente de un derecho de garantía: transmisión de la propiedad por *mancipatio*, a cuyo acto acompaña un convenio por el que el *accipiens* se compromete a la devolución de la cosa recibida o a dar a esta cierto

³BURDESE A. *Lex Comisoria y Ius Vendendi en la fiducia y en el pignus*. Edición Torino 1949. Se recoge en esta obra que «la jurisprudencia clásica sintió la necesidad de adaptar la institución fiduciaria a fines de garantía real y no es improbable que tal necesidad se hiciera sentir al decaer el severísimo procedimiento ejecutivo arcaico». (Páginas 18 y 19).

⁴GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución” (en la obra, los Patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán, coordinado por Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar- 2006 Ediciones Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2006. (pags 157 a 172, en especial, 160 y 161).

⁵ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano: apuntes didácticos para un curso*. Editorial Revista de Derecho privado. Edición de 1943. Páginas 286 y ss, 561 y ss. También en “Derecho Romano II”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1974. Lo incluye en el fideicomiso de la herencia (páginas 821 y 822). Incluye además un texto latino de fideicomiso universal (página 1088).

destino cuando acaezca determinada circunstancia que se fija. Se señalan⁶ varias modalidades de fiducia: fiducia *cum amico* contracta, por la que el *accipiens* del esclavo emancipado se compromete a manumitirlo; fiducia en el derecho de obligaciones, en contratos de comodato, deposito y préstamo de uso; fiducia en derecho de familia: el pacto de fiducia acompañando al rito *per aes et libram de la mancipatio*, que servía para adquirir el *dominium* sobre una *res*, de la misma forma que para ostentar poderes de tipo familiar o cuasifamiliar sobre las personas; ejemplos habituales de la utilización de la fiducia en el Derecho de familia eran la emancipación que el *pater* hacía respecto de *filius familiae*, conviniendo con el *accipiens* en que liberaría al hijo del *mancipium*; más clásico era el acto por el cual la mujer se sujetaba por el rito de la *coemptio* a la *manus* de alguien, pero con el pacto de que éste la liberase posteriormente de dicho poder familiar. Como veremos, una figura multiusos para evitar el rigorismo formal del Derecho romano.

No obstante, la auténtica estructura de la fiducia, siguiendo a PANERO GUTIERREZ⁷, adquiere sus bases con la utilización de esta en el ámbito de los derechos de garantía, cuya finalidad era la de garantizar el cumplimiento de la obligación –*fiducia cum creditore contracta*– que consistía en que el deudor o un tercero transmitía por *mancipatio* el dominio de la cosa al acreedor, y la transferencia se acompañaba de un pacto (*pactum fidiuciae*), por el cual el *mancipio accipiens*-acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al *mancipio dans*-deudor o al tercero, cuando la obligación hubiese sido cumplida. El pacto se llamaba “*Ut ea res debito soluto remancipatur*” y de él nacía la acción para pedir judicialmente el cumplimiento o *actio fidiuciae*.

El contenido era muy claro, y el acreedor estaba muy garantizado, porque como garantía del pago de la deuda adquiría todas las facultades que el dominio implicaba; pero el deudor estaba en peor situación, ya que, en primer lugar, su posición era desproporcionada y con inconvenientes, puesto que aunque la cosa valiese mucho mas que la deuda, no podía ser utilizada para garantizar otras obligaciones; en segundo lugar, porque los frutos y los productos eran del acreedor que obraba como dueño, por

⁶TORRENT RUIZ, A. “Manual de Derecho Privado Romano”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2008 (4ª Edición). También en “Manual de Derecho Romano”, Zaragoza 1987. Recoge la herencia fideicomisaria en cuanto a las sanciones y caracteres (páginas 639 y s.s.).

⁷PANERO GUTIERREZ, R. Derecho romano. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 y otra edición de 2008 (4ª Edición). Recoge esta opinión en página 458.

lo que el deudor no podía ir pagando con ellos su deuda y para evitar esto, el acreedor a veces, dejaba la cosa en arrendamiento o precario al deudor, que podía percibir entonces los frutos, con los que iba pagando su deuda; y en tercer lugar, el deudor solo podía recuperar la cosa ejercitando la *actio fiduciae*, para reclamarla en cumplimiento del pacto de devolución; pero esta acción no era real sino personal y solo se podía ejercitar contra el acreedor; por lo que si había sido enajenada la cosa o perdido, el deudor podía escuetamente reclamar una indemnización por incumplimiento del pacto, pero no tenía medio de reclamar la cosa del tercero que la tuviese en su poder⁸.

En cualquier caso, el interés del acreedor no quedaba plenamente garantizado con esta institución, ya que si las partes no habían convenido que el acreedor pudiera quedarse con la cosa o venderla al llegar el momento del vencimiento de la deuda y no efectuarse el pago, tales facultades le estaban prácticamente vedadas. La venta por el acreedor sería solo válida en virtud del dominio que se había adquirido sobre la cosa, pero el mismo acreedor se vería en el riesgo de ser condenado por el ejercicio de la *actio fiduciae* una vez pagada la deuda. Todo este sistema, lo vamos a ver detenidamente.

Aún más desfavorable era la situación del deudor, que no disponía de acción real para recobrar la cosa, ya que la propiedad estaba perdida de un modo formal con la transmisión, quedándole únicamente una acción personal –la *actio fiduciae*-. Todo esto, como veremos, hizo que la fiducia decayese en favor de otras garantías reales mas efectivas como la prenda –*pignus*- y la hipoteca.

La *fiducia* no aparece en los textos del *Corpus Iuris* en su vertiente de negocio jurídico de gestión o con la función de garantía, sino que en él se hacen algunas referencias, lo cual podría indicar que no había una voluntad explícita de abolir la figura. Asimismo, en algunos textos clásicos, la figura de la *fiducia* fue sustituida por los compiladores por *el pignus*. Este hecho fue constatado por LENEL⁹, que en su reconstrucción del Edicto observó como el *pignus* se encontraba en otro título y, por tanto, aquellas referencias al *pignus* desubicadas de su título correspondiente, parecía indicar que vendrían referidas a la *fiducia*.

Habiendo desaparecido la *fiducia* de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, el *pignus* se había convertido en la institución normal de garantía real por medio del ejercicio del

⁸PEREZ LOPEZ, X. Delegación de la jurisdicción el Derecho romano. EDISOFER S.L. 2010.

⁹LENEL, O. “Quellenforschungen in der Edictcommentarem” Edición Z55 (1882). Páginas 103 y ss. Otra edición 1889 revisada por Fernando Betancourt, de la universidad de Sevilla (2010).

ius distrahendi. En la legislación visigoda, como veremos más adelante (capítulos II y III) no se encuentran referencias a *la fiducia*, salvo cuando procede de extractos de los juristas clásicos en los que esta denominación no fue sustituida por la prenda, debido a la mayor seguridad que entrañaba el traspaso de la posesión, que sobrevivió, casi exclusivamente, como el único sistema de garantía. (RUDORFF¹⁰)

Para analizar como se desenvuelve la *fiducia* romana, podemos partir de la definición D'ORS¹¹ en la que establece que “la fiducia es un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipii* a alguien llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en un determinado momento aquella propiedad al fiduciante o otra persona designada por éste. Para exigir tal restitución, el fiduciante dispone de una acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe, la *actio fiduciae*”. Sistemáticamente, este autor sitúa *la fiducia* en los contratos de buena fe. Asimismo, y concretando ya en la *fiducia cum creditore*, MIQUEL GONZALEZ¹² la define como aquella institución en la que «el deudor (fiduciante) enajena a su acreedor (fiduciario) una cosa de su propiedad por medio de una *mancipatio* o de una *in iure cessio*, y el acreedor, por medio de *unpactum fiduciae*, se obliga a retransmitir la propiedad de la misma forma una vez su crédito haya sido satisfecho». Por el contrario, este autor¹³ inserta el estudio de esta figura en el análisis de los derechos reales de garantía.

Partiendo de las anteriores definiciones, podemos extraer aquellos aspectos más relevantes de la institución: su caracterización como negocio fiduciario, las especificidades de la *mancipatio fiduciae* y si ésta produce la transmisión de la propiedad, la naturaleza del *pactum fiduciae* y la configuración de la *actio fiduciae*.

Posteriormente *la fiducia cum amico*, influirá en la configuración de *la fiducia cum creditore*. Las fuentes de que disponemos para el estudio de esta figura son escasas, de una parte hallamos una breve referencia en algunos apartados en las *Institutiones* de GAYO. Por ejemplo, a propósito de la *usureceptio*, cuya primera referencia, plantea la distinción entre la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. (BELDA

¹⁰RUDORFF, A.F. “Edictum Perpetuum”. 1869. Editada junto con LENEL, en Edición revisada por Fernando Betancourt en ediciones de la Universidad de Sevilla (2010). Lo recoge BETANCOURT, F. en su obra “Derecho Romano clásico” Universidad de Sevilla. Sevilla, 1995. ISBN 84-472-0229-1. (páginas 630 y s.s.).

¹¹D'ORS, Á. Elementos de Derecho privado romano. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra S.A. reedición de 2010. Recoge su doctrina de “Derecho Privado Romano” EUNSA. Pamplona 2004 (Pags 464 y 465).

¹²MIQUEL GONZALEZ, J. Derecho privado romano. Marcial Pons 1995. (página 238).

¹³MIQUEL GONZALEZ, J. “Derecho privado romano” (Op. Cit. nota anterior, pags 238 y 239)

MERCADO¹⁴). Por otra parte, las fuentes anteriores de Derecho romano arcaico, nos indican, que la primera manifestación de la fiducia como negocio jurídico, como hemos comentado, apareció en el ámbito familiar bajo la forma de *fiducia cum amico*. Un ejemplo de aplicación de esta figura en el ámbito familiar es la *coemptio fiduciae causa*. El *coemptionator* asumía el ejercicio del poder marital (*manus mariti*), aunque no existía un *matrimonium* verdadero al realizarse la *coemptio fiduciae causa*, no *matrimonii causa*. Esta figura se utilizaba como un remedio a la necesidad de que la mujer debiera tener designado tutor, la *coemptio fiduciae causa*, permitía que el tutor legítimo cesara a favor del *coemptiator*. La fase final desemboca en la utilización de la *fiducia cum creditore*.

También hallamos alguna referencia en los *Fragmenta Vaticana* y en el *Codex Theodosianus*. En el *Corpus iuris civilis* se mantuvieron muchos de los textos de los juristas clásicos relativos a la *fiducia*, aunque los compiladores sustituyeron la mención originaria de la *fiducia cum creditore* por la *del pignus*, y la mención de la *fiducia cum amico*, por la de depósito o comodato, aunque en el Digesto todavía se mantiene alguna mención.

Por último, cabe mencionar dos importantes documentos: la *Tabula Baetica* y la *Mancipatio Pompeiana*, los cuales pertenecen a la praxis negocial de la época clásica que hace referencia a la *fiducia*.

Para tratar los aspectos más relevantes anteriormente mencionados sobre la *fiducia cum creditore*, partiremos de la *formula Baetica*. Este texto proviene de fuentes epigráficas, concretamente del “Bronce de Bonanza”¹⁵

¹⁴BELDA MERCADO, J. La *mancipatio fiduciae causa* como garantía crediticia. Revista General de Derecho romano; ISSN 1697 3046 nº 9. 2007. Recoge este autor «... la transmisión de garantía puede ser con un acreedor, el derecho de prenda, o con un amigo para que las cosas estén seguras en su poder...» (pag. 21 y siguientes).

¹⁵MOMMSEN, T. Historia de Roma. Reedición de la editorial TURNER 2003. (4 volúmenes, especialmente el I, pag 143 y s.s.). Este bronce parece ser del S. I a. C., y anterior a la "tablilla pompeyana" de *mancipatio fiduciaria* que suele llamarse de Popea. Respecto a la procedencia, parece ser que se trataría de un formulario que según MOMMSEN habría sido enviado por un banquero a un esclavo administrador de su banca provincial para que sirviese de modelo en la redacción de documentos fiduciarios reales. Esta tesis aparece asimismo apoyada por algunas irregularidades del mismo texto. En este sentido relevante resulta que se diga que el emancipado es un esclavo (Midas), y se hable luego en plural de *mancipia*, ello podría deberse a su caracterización como formulario. Otra evidencia destacable sería el empleo de los nombres de Titus, Seius, Damas y Midas, nombres característicamente formularios. Los autores opinan que es acertado entender que la fórmula Baetica procede, como está fechada por HÜBNER (el arqueólogo de manuscritos romanos clásicos más afamado), en la época de Augusto, aunque otros autores como RUDORFF, retrasan la fecha a fines del S.I d.C. o principios del S. II d.C. Parece ser que se trataría de un elíptico tal como evidencian los restos de una pieza de unión con otra tabla gemela y el hecho de que hubiera permanecido fijada en la pared por medio de unos clavos, siendo

Los compiladores justinianos se desinteresaron del modo más absoluto de esta figura, razón que explica la escasísima información relativa al negocio fiduciario en el *Corpus Iuris*, que, sin embargo, habría tenido previamente una importante función en época republicana y en época clásica, mientras que las fuentes y documentos de la época precedente ofrecen reconstrucciones basadas en conjeturas e hipótesis, dejando en cambio elementos suficientes para establecer sus límites. (HERNANDEZ TEJERO¹⁶).

Y a partir de entonces, el término “fiducia” individualiza un ámbito muy amplio dentro de la experiencia jurídica romana, y sobre todo abarca una serie de valores de los cuales dependen tradicionalmente distintas figuras y disciplinas jurídicas.

En tal medida, en el negocio fiduciario, cuya denominación y terminología denota la derivación común, tanto en su construcción doctrinal como jurisprudencial, de la fiducia romana; el fiduciario recibe de otra persona, que confía en ella, una titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, con la obligación a su vez de retransmitirlo. El fin del negocio fiduciario consiste en el intercambio de derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciario *-is qui fiduciam accepit-*, unida a la potestad de recuperarlo después. Por tanto, el fin de aquella transmisión es la obtención de la ventaja que la garantía, junto con la posterior restitución, supone para el fiduciante *-is qui fiduciam dedit-*.

Ahora bien, al fiduciario se le atribuye una titularidad que le capacita para una serie de actos con respecto a los bienes que le han sido atribuidos, y dicho poder de disposición estaría limitado mediante una obligación personal asumida frente al fiduciante; el vínculo obligatorio contendría así la causa de la constitución del poder jurídico del fiduciario, a lo sumo se debería decir que los efectos obligatorios derivados de la *causa fiduciae* limitan con un vínculo de naturaleza personal los efectos reales del mismo negocio.

La única insuficiencia es la mayor debilidad de la posición conseguida por el fiduciante *-mancipio dans-*, que sólo adquiere un derecho de crédito contra el fiduciario, *condictio*, de carácter personal, que le permitiría reclamar en cualquier momento la cosa

uno de ellos hallado en la tabla.

¹⁶HERNANDEZ-TEJERO JORGE, F. “Las Instituciones de Justiniano”. Editorial Escelicer 1961 (páginas 135 por lo que se refiere a herencias fideicomisarias y 140 a los fideicomisos). Otra edición en Editorial COMARES, Granada 1998. Lo recoge también en su obra “Derecho Romano”. Editorial Escelicer S.A. Madrid 1959. (páginas 313 y su descenso en 515).

o derechos dados en fiducia, y puede resolverse, en caso de hacerse efectivo el riesgo que corre siempre el fiduciante como nota relevante del negocio, en un derecho crediticio de indemnización, dirigida a obtener la *remancipatio* de la cosa, frente a la posición de derecho real que la atribución confiere al *accipiens*.

Por otra parte, para el fiduciante existe desde el momento de la transmisión un continuo peligro de que el fiduciario, defraudando la confianza en él depositada, disponga libremente de los bienes. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la característica más esencial del negocio fiduciario estaría en la potestad de abuso por parte de la persona en que se deposita la confianza. Y en base a esta estructura surge la aplicación de la fiducia en variados campos del Derecho romano. (IGLESIAS SANTOS¹⁷)

Siguiendo a ARIAS RAMOS¹⁸, la gran manifestación de la fiducia en el Derecho romano sucesorio se produce con los fideicomisos y los codicilos (parte final de la época republicana). Eran disposiciones de última voluntad que no se amoldaban a las formalidades necesarias para los legados, e incluso se producían fuera del testamento; eran simples ruegos por los que se encargaba a una persona en “quien se tenía confianza” -podía ser el heredero o cualquier persona favorecida por el *dominus*- para que diese destino a determinados bienes de la herencia o ejecutase cualquier otro deseo del causante; no ofrecían garantía de ningún tipo y se trataba de una práctica al margen de la esfera de protección jurídica; la seguridad de que el encargo se vería cumplido no tenía otra garantía o seguridad que la honradez y lealtad de (*fides*) de aquel a quien se encomendaba.

El ruego, por eso, se llamaba “*fideicommissum*”; el que había de recibir el beneficio (*fideicommissarius*) no disponía de medio activo jurídico para obligar al gravado (*fiduciarius*) a que ejecutase el encargo del causante. Su finalidad era práctica, y el fideicomiso tenía la utilidad de que el causante (*decius*) hiciera que los bienes hereditarios fuesen a parar a quienes no podían heredar porque carecían de capacidad para hacerlo (*capacitas hereditatis*) o eran incapaces en general (*capacitas* en sentido estricto). La redacción se apartaba de los formularios romanos y era un ruego amistoso en el que nada tenían que ver las exigencias formales del ordenamiento jurídico; podía

¹⁷IGLESIAS SANTOS, J. “Derecho romano: Historia e Instituciones”. Editorial ARIEL. Barcelona, 2000, y otra de 2008 (17ª edición). (páginas 341 y 342 de la edición del año 2000)

¹⁸ARIAS RAMOS, J. A. Derecho público romano e historia de las fuentes. CLARES LIBRERÍA EDITORIAL. Varias ediciones hasta 2000. La originaria es editorial Ceres, Valladolid, 1961. (página 124).

hacerse desde luego en el testamento –lo que era imprescindible para el legado- pero muchas veces se hacía en un simple escrito o carta (*codicilum*) e incluso por personas que no otorgaban testamento y hacían el encargo a los que habían de ser herederos abintestato.

Para BETANCOURT¹⁹, se produce una evolución desde el fideicomiso a los legados. La frecuencia de casos de deslealtad en los fiduciarios, movió a Augusto a conceder a los fideicomisarios un “recurso administrativo ante los cónsules”; como los beneficiados con un fideicomiso, no disponían acción para entablar un proceso ordinario contra el fiduciario que se negaba a cumplir el encargo conferido por el causante, se le dio la posibilidad de quejarse ante los cónsules, los cuales coactivamente, en virtud de las atribuciones emanadas de su *imperium* forzarían al cumplimiento del *fideicommissum*. Con Claudio se crearon los pretores especiales para conocer, siempre *extra ordinem*, de tales reclamaciones; estos pretores fideicomisarios se encargaron especialmente de esas funciones. Una vez considerado el fideicomiso en los mismos términos que los legados, el legislador romano impuso a los fideicomisos la misma regulación que a los legados: los mismos límites (*quarta falcidia de legati*) y los mismos requisitos de capacidad en el favorecido –no podían recibir fideicomisos los “peregrinos” y las “personas inciertas” que antes eran los máximos beneficiarios-fideicomisarios, pues se les exigieron los mismos requisitos que para los legatarios -prohibiciones de recibir legados que gravaban a “célibes” y *orbi* -leyes Caducarias- se extendieron también a los fideicomisarios – así lo decretó el senadoconsulto Pegasiano-.

Además, la permisión de ordenar legados en codicilo –siempre que se confirmasen por un testamento- hizo que se equiparasen aún más a los fideicomisos; y el definitivo relajamiento de las formulas necesarias equipararon definitivamente las figuras (legados y fideicomisos).

La segunda fase de la equiparación se dio con los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano –año 59 d. C-; el Trebeliano tenía por principal objeto impedir que el fiduciario quedase obligado por las deudas de la herencia después de haber cumplido la voluntad del difunto que habiéndole instituido heredero, le ordenó que entregase el patrimonio recibido o parte de él a un fideicomisario. El Pegasiano data de la época de

¹⁹BETANCOURT, F. “Derecho Romano clásico”. Universidad de Sevilla. Sevilla 1995. Otra del Secretariado de publicaciones. 3ª edición revisada y aumentada. 2007. ISBN 84-472-0229-1. (páginas 630 y 631).

Vespasiano; este senadoconsulto supuso una notable innovación en los fideicomisos de la herencia, tal como era el derecho que se reconocía al fiduciario a retener la cuarta parte de la herencia que debía entregar.

Las diferencias que existían entre legados y fideicomisos fueron desapareciendo, y en el Derecho postclásico y en el justiniano, habían sido definitivamente eliminadas; desaparecieron los *latini iuvinani* -capaces de recibir por fideicomiso- ; se generalizó el procedimiento extraordinario en el plano procesal y definitivamente, legados y fideicomisos fueron equiparados casi totalmente. La asimilación era tal, que los legados hechos con fideicomisos podían figurar en un codicilo abintestato.

En la época clásica, si el testador había dejado al fiduciario la cuarta Pegasiana, se aplicaba el senadoconsulto Trebeliano; igualmente ocurría si no la había dejado, porque el fiduciario aceptó la herencia; incluso también en los casos en que la aceptó por orden del magistrado a petición del fideicomisario, pero en estos casos, el fiduciario perdía su derecho a retener la cuarta; en cualquier caso, siempre quedaba la aplicación del régimen anterior al senadoconsulto Trebeliano.

En el Derecho de Justiniano se fundieron en uno solo los dos senadoconsultos Pegasiano y Trebeliano bajo el nombre del último. Por lo tanto siempre se tenía derecho a la cuarta parte de la herencia y se aplicaba el senadoconsulto Trebeliano. Al mismo tiempo que se otorgaba protección jurídica a los fideicomisarios, aparecieron las leyes Caducarias -que imponían incapacidades o limitaciones a determinadas personas según su estado civil-, por lo que como no les afectaban, se encontró en aquellos un magnífico medio para burlar las medidas dictadas contra solteros, viudos y casados sin hijos. Posteriormente el senadoconsulto Pegasiano extendió a los fideicomisarios las incapacidades de las leyes Caducarias, pero aún se podía burlar la legislación vigente acudiendo al fideicomiso tácito -*fideicomisum tacitum in fraudem relictum*- que adoptaba varias modalidades; la más habitual era, el compromiso del beneficiado con una disposición testamentaria, a entregar ciertos bienes a un incapaz en virtud de un escrito hecho cuando vivía el fideicomitente, -cláusulas reservadas- o bien indicar el testador en el testamento, que ha de entregarse el fideicomiso a quien corresponda -el fideicomisario no estaba mencionado, pues estaba designado secretamente- Este es el auténtico antecedente de la figura que estudiamos, porque las fiducias sucesorias, las herencias de confianza y otras, proceden de estos ancestros del Derecho romano.

Contra tales ardidés, el senadoconsulto Plenciano -de fecha no situada- dispuso que el fiduciario que se hubiera prestado a semejantes fraudes, perdería la cuarta parte de los

bienes que por derecho le correspondieren e incluso otros bienes que hubiere percibido de la herencia –irían a parar al Tesoro Público- , así como cualesquiera otras cantidades que debiera percibir el fideicomisario; posteriormente, Trajano permitió al fideicomisario que delatase las irregularidades, que se quedara con la mitad del beneficio recibido, para así fomentar la evitación de esos fraudes.

Para FERNANDEZ DE BUJAN²⁰, en la época de Constantino, la equiparación era absoluta: testamentos –de testador- y codicilos –de abintestatos- podían contener legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, manumisiones e incluso la indicación de herederos aunque sin nombrarlos expresamente (auténtico antecedente de la fiducia sucesoria actual), por eso se exigieron para los codicilos ciertos requisitos de forma, por ejemplo un número mínimo de testigos.

Siguiendo a GOMEZ BUENDÍA²¹, en la modernidad, en el ámbito de los sistemas continentales, *la fiducia* evolucionó a partir de la concepción de los partidarios de la pandectística alemana, que en su elaboración de la teoría del negocio jurídico, intentaron reconstruir la *fiducia* romana, y otorgaron a dicho negocio un doble efecto real y obligacional²².

3.- ANALISIS DE LA ESTRUCTURA DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO: SU CONFIGURACIÓN Y CONSTITUCIÓN.

Analicemos en primer lugar la estructura de la *fiducia* romana partiendo del texto de la *Formula Baetica* como modelo de negocio fiduciario, por tratarse de un texto que permite el estudio de esta figura en la época clásica²³. Por lo tanto, los aspectos a analizar serían la *mancipatio fiduciae causa*, el *pactum fiduciae* y la *actio fiduciae*, por presentar aspectos de interés. El primero es la *mancipatio fiduciae causa*, ya que el acto

²⁰FERNANDEZ DE BUJAN, F. “Sistema contractual Romano”. Editorial Dykinson S.L. Madrid 2003. En la parte “La fiducia en función de garantía. La fiducia cum amico”. (Pags 417 a 420).

²¹GOMEZ BUENDÍA, M. C. La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución (en la obra, los Patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán, coordinado por Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar- 2006 (pags. 157 a 172, en especial la página 157). Relata GOMEZ BUENDÍA que “en el contexto de la posible codificación de un Derecho privado europeo, la figura del trust y su armonización adquieren una gran importancia por su flexibilidad y sencillez y por tratarse de un mecanismo jurídico cuya versatilidad permite la adaptación a múltiples problemas y resolverlos eficazmente sin necesidad de acudir a instituciones jurídicas diversas como sucedería en el caso de los sistemas continentales, «As long as the horizontal division of property is not allowed in civil law countries, the fiducia, on the basis of how the English trust operates, could be the ideal tool to make securitisation more efficient and safer for investors, without destroying the coherence of the whole civil law system»”. (página 157).

²²Esta apreciación fue recogida en nuestros días por la doctrina del Tribunal Supremo. La concepción actual, tal como aparece en la mayoría de sistemas de “civil law”, parte de la referida teoría del doble efecto del negocio fiduciario.

²³GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia en el Derecho romano clásico y su...” (Op. Cit. nota anterior, pag. 159 y 160)

jurídico es la *mancipatio*, siendo la fiducia su causa. El segundo es el *pactum fiduciae*, porque es el que determina las condiciones del negocio fiduciario, delimitándose el alcance de la *causa fiduciae*, los créditos garantizados por la *mancipatio* y los derechos del acreedor adquirente. El último es la *actio fiduciae*, porque es la acción que el pretor ponía a disposición del fiduciario en aquellos casos en que la *res obligata* no era devuelta así como en otras en que el *ius distrahendi* no hubiera sido ejercitado de acuerdo con los parámetros de la *bona fides*. GOMEZ BUENDIA²⁴ lo pone en relación con la moderna doctrina del trust y concluye que es el antecedente del mismo.

BELDA MERCADO²⁵ analiza la estructura de esta fiducia *cum creditore* en términos de antecedente de la prenda. Para este autor, la teoría del negocio fiduciario como resultante de la conclusión de dos negocios, fue formulada, como hemos visto, con los principios de la fiducia romana. Precisamente, ésta ha servido de base a la construcción de los negocios fiduciarios modernos, y ofrece materiales para una

²⁴GOMEZ BUENDIA, M.C. "La fiducia en el Derecho romano clásico y..." (Op. Cit. En pags. 157 a 172, en especial la página 159). Resume esta autora que la armonización del trust en el contexto del Derecho privado europeo ocupa un lugar central en la convergencia de la Unión Europea. La Resolución de 15 de noviembre de 2001 del Parlamento Europeo amplía el ámbito de armonización del Derecho privado europeo, incluyendo el trust. Este interés por la armonización se justifica por diversas razones. La armonización puede resultar útil para la construcción del mercado interior y favorecer la atracción de inversiones extranjeras al tratarse de un instrumento legal de gran eficacia. Relevante resulta también que diversos ordenamientos jurídicos integrados en el "civil law" hayan regulado el trust con éxito, entre los que destacan Luxemburgo y Liechtenstein. Concluiremos por lo tanto, con esta autora que en el referido proceso de armonización y como punto de partida, resulta fundamental analizar la posibilidad de hallar en los ordenamientos jurídicos de "civil law", y en su tradición jurídica, instituciones afines sobre las que podrían cimentarse las bases de una figura común para Europa. Dice esta autora que la fiducia romana tiene muchas semejanzas con el trust anglosajón, lo que se deduce de la definición que del mismo realizan UNDERHILL y HAYTON. A partir de esta definición observamos que el trust presenta algunas semejanzas con la fiducia. Esta institución la hallamos prácticamente en todos los ordenamientos bajo formas diversas. Para concretar unas bases que permitan iniciar el desarrollo de una figura armonizada, el análisis de la fiducia romana podría aportar mayor luz tanto en los sistemas continentales como en el sistema anglosajón, ya que se pueden observar ciertas conexiones entre ambos. Así pues, el trust fue introducido en Inglaterra en el S. XIV por el clero, para sustraerse de las leyes desamortizadoras contra las llamadas Manos Muertas (mortmain), que prohibió a los religiosos adquirir y poseer bienes raíces. Algunos autores apuntan que el clero inglés, conocedor del Derecho romano, utilizó como base del trust la fiducia romana, aunque posteriormente la institución inglesa evolucionará autónomamente. El clero tomó del Derecho romano la institución de la fiducia cum amico y adquirió propiedades a través de los laicos que obraban en conciencia y en interés de la orden. De esta forma, nacieron los uses (alrededor del año 1320), reglamentados por primera vez por Enrique VIII en 1535 (Statute of Uses) y que más tarde, y bajo la protección de la "equity" darían origen al trust tal como lo conocemos hoy día. Así pues, es tal la importancia e influencia de la fiducia romana, que muchas de las instituciones modernas –tanto en el Derecho privado como en el público– están absolutamente impregnadas por los principios de su estructura legal. La opinión de esta obra de UNDERHILL y HAYTON es recogida por la autora: "un trust es una obligación de equidad que vincula a un sujeto (que es llamado trustee) a manejar la propiedad sobre la que él tiene el control (que es llamada propiedad fiduciaria (trust property), a favor de el beneficiario o de personas (que son llamadas beneficiarios del trust), de las cuales puede ser una, y cualquiera de ellas puede exigir el cumplimiento de la obligación". (páginas 158, 159 y 160).).

²⁵BELDA MERCADO, J. "La *mancipatio fiduciae* causa como garantía crediticia". (Op. Cit. En Pag. 6 y siguientes).

construcción de los mismos en la práctica actual. De hecho, todo este mecanismo no ofrece mayores dificultades en el antiguo Derecho romano, gracias al carácter abstracto de la *mancipatio*, ni tampoco en ordenamientos que siguen un sistema abstracto, al contrario que en el sistema causalista, al considerar el negocio unilateralmente con su propia causa, la que llamarán causa *fiduciae*. Por eso es esencial analizar detalladamente su origen y naturaleza jurídica. En parecidos términos se justifica el origen del negocio jurídico fiduciario a juicio de LENEL²⁶, con el recurso al criterio sistemático de sustituir la prenda por la fiducia en numerosos pasajes del Digesto.

En cuanto a su configuración y estructura, el negocio fiduciario presenta una naturaleza jurídica compleja que comprendería un negocio real, que transmite la propiedad, junto con un negocio obligacional válido *inter partes*, que obliga al adquirente para que actúe dentro de lo convenido -que sirve para reglar las obligaciones- y de forma que no impida el rescate por el transmitente, o sea, la restitución de la misma cosa o abono de su valor económico; se observa una relación recíproca de interdependencia entre los efectos reales y los efectos obligatorios: a pesar de esta unidad, el efecto real representa lógicamente un *prius*, una primera etapa que se debe lograr, la base y premisa necesaria sobre la cual después deberá actuar el lado obligatorio; el efecto real produce, respecto al fin, un exceso o divergencia de efectos, de ahí la necesidad de hacer intervenir al segundo elemento, ya que del juego de ambos y de su íntima conexión será posible obtener el logro del fin particular. De todos modos, es evidente la desproporción entre medio -transmisión del derecho de propiedad- y fin -de garantía-, así como el exceso de poderes concedido al fiduciario, estando todo ello en perfecta armonía con la evolución histórica del fenómeno crediticio.

El elemento real del negocio vendría determinado por un acto de transmisión de la cosa, o acto de alienación voluntaria, y un elemento obligatorio consistente en una convención, por la cual el *accipiens* se obliga a restituir eventualmente la cosa al transferente o a un tercero, o bien darle un destino preestablecido, de usar el Derecho adquirido según el fin querido por las partes: esta convención viene designada en las fuentes con el término genérico de *pactum*, *pactum conventum* o *pactum fiduciae*; el fiduciario propietario no recibe un vínculo real, sino sólo obligatorio para el destino del derecho adquirido. En este sentido, existe tal función limitadora entre los efectos, es

²⁶LENEL. O. “Quellenforschungen in der Edictcommentarem” Edición Z55 (1882). Otra edición 1889 revisada por Fernando Betancourt, de la universidad de Sevilla (2010). Páginas 103 y ss.

decir, que el efecto obligatorio sí que limita los efectos reales, pero su dependencia no es sólo unilateral, sino recíproca, pues el efecto obligatorio actúa a su vez como causa justificativa del efecto real. El negocio fiduciario, utilizado en el ámbito de las relaciones patrimoniales, se incluye por los autores modernos en la sistemática contractual y precisamente en el ámbito de los contratos reales. En realidad, faltan pruebas textuales para considerar que los clásicos incluyeran la fiducia entre los contratos; es cierto que ella ha precedido a los contratos de comodato, depósito y prenda, superando, al menos en parte, las exigencias prácticas por las cuales éstos fueron creados, y continúan sobreviviendo en toda época clásica.

Ahora bien, para la regular y eficaz constitución del negocio fiduciario, el pacto de fiducia debía incluirse íntegramente en el ritual de la *mancipatio*, y más precisamente, en la formalidad oral de la *nuncupatio*. La importancia de esta forma de fiducia con función de garantía real de un crédito ha inclinado a la romanística moderna a un encuadramiento preferentemente contractual de la fiducia, aunque no puede afirmarse que haya sido considerada como un *contractus*: la fiducia aparece como causa negocial vinculante *ex fide bona*, que quedó al margen del desarrollo histórico del sistema contractual romano, aparte de que las raíces de la fiducia surgen en un etapa jurídica anterior a la contractual.

Por tanto, no existió una *obligatio fiduciae* en el sentido del *ius civile*, ni en consecuencia cabe suponer un *contractus fiduciae*.²⁷

En una etapa precontractual, se trataba de los negocios *per aes et libram* que creaban relaciones de poder y no vínculos civiles de obligación, es decir, originaban relaciones de dependencia de un poder personal, y no vínculos de deber jurídico (*obligationes* en el sentido del *ius civile*). En definitiva, la fiducia tiene carácter de negocio real, ya que su perfeccionamiento presupone un acto de transmisión de la cosa (*mancipatio* e *in iure cessio*), esto es, el modo formal de transmisión del *dominus* quiritario, y en consecuencia, la exigencia del acto de transmisión es suficiente para imprimir carácter real al negocio.

²⁷BELDA MERCADO, J. “La *mancipatio*...” (Op. Cit. En nota anterior, en pag. 8 y siguientes). Para este autor “No llega a constituir una figura contractual encuadrable como *obligatio ex contractu* (*re* o *consensu*), de la cuatripartición gayana, sino un negocio con causa específica (*causa fiduciae*) el cual se inserta en una *mancipatio fiduciae causa* (*inter amicos* o *cum creditore*), mediante la cual la *res mancipia data fiduciae causa* queda obligada *pignoris causa*: pueda que nazca de esta *mancipatio* una *obligatio rei*, pero no es posible admitir una *obligatio fiduciae* de carácter contractual, como resultado de un *negotium per aes et libram*”.

En conclusión, la *fiducia cum creditore* pertenece al tipo de *negotium per aes et libram* realizado *fidi fiduciae causa*, pero no es un *negotium contractus*. *Negotium gerere* es concepto distinto de *negotium contrahere*, antiguos negocios librales que engendraban vínculos de sumisión personal y no vínculos contractuales.

Siguiendo a GOMEZ BUENDÍA²⁸ veamos cada uno de los elementos que constituyen esta institución.

3. 1.- *MANCIPATIO FIDUCIAE CAUSA*

La fiducia romana solo se entiende procediendo de un acto solemne y abstracto, la *mancipatio*, o la *in iure cessio*, con los cuales se opera una cesión efectiva y transferente, bien a un tercero, o para darle un destino predeterminado, consistente en usar el derecho adquirido según el fin querido por las partes: esta convención viene designada en las fuentes con el término genérico de *pactum*, *pactum conventum* o *pactum fiduciae*; el fiduciario propietario no recibe un vínculo real, sino sólo obligatorio para el destino del derecho adquirido. Por lo tanto, la fiducia procede de la *mancipatio*.

La fiducia pudo y tuvo que funcionar en Roma gracias y por culpa de la rigidez formal de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*; el pacto de fiducia fue el único que rompía el hermetismo de dichos negocios formales, al influir en ellos como causa. Es cierto que el empleo de la *mancipatio* implicaba una limitación de los objetos que podían darse en fiducia, e impediría que ésta pudiera cumplirse por representante o por quien no era *civis* romano. Así pues, la construcción del negocio fiduciario de tipo romano sólo es posible sobre la base de un acto traslativo abstracto, de manera que los efectos reales que se produzcan, lo sean automáticamente con la obligación de retransmitir al primero los mismos efectos.

Algunos autores²⁹, buscan una solución apoyándose sobre la particularidad del elemento causal del negocio fiduciario. Por ejemplo, LENEL³⁰ piensa que para una

²⁸GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”. Op. Cit. En el estudio del origen de los trusts, que desarrolla desde la evolución de la fiducia a través del Derecho romano clásico, y que demuestra cómo ha influido este en figuras modernas posteriores, de forma que estas siguen manteniendo los principios inspiradores que informaron los jurisconsultos romanos. (página 163).

²⁹GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior...” (Op. Cit. En nota anterior, en pag. 161 y 164 y s.s.). Recoge esta autora que se vería en el hecho de que la fiducia decae y desaparece coincidiendo con el ocaso de los modos solemnes de traspaso de la propiedad, a pesar de que la *traditio* no sólo subsiste, sino que llega a ser el único modo de transferencia del dominio.

eficaz transmisión de la propiedad, la *traditio* habría requerido el precedente de la *iusta causa*, y como tal no podría incluirse la fiducia, que constituiría un simple *pactum*. El genio jurídico romano no consideraba suficiente a la *vis* traslativa de la tradición un *animus* abstracto de transmitir la propiedad, sino determinadas *iustae causae*, entre las cuales no se comprendía la fiducia. En las Instituciones de Gayo se subraya la complejidad de la figura, que por otro lado, se realiza en un único contexto y que tiene una causa, precisamente, la *causa fiduciae*; en este sentido, Gayo fijó una distinción del negocio fiduciario que aún perdura por la fecundidad de sus aplicaciones.

Así pues, la prestación que se refleja en la *mancipatio* no es más que aquella del fiduciante: la realidad es constituida por la existencia y puesta a disposición y transmisión de la cosa por parte del aquél, aspectos que representan, no sólo el hecho de la *mancipatio*, sino su necesaria manifestación. Por lo tanto, se trata de un negocio unilateral.

No puede sostenerse la bilateralidad, porque no subsiste una verdadera y propia reciprocidad de las prestaciones, cuando la misma realidad no es consecuencia de la obligación recíproca, o cuando en el mismo procedimiento formal de la *mancipatio*, la contraprestación del precio viene a ser simulado, siendo la *remancipatio* reflejo directo de la confianza, fiabilidad, etc..., o cuando la *remancipatio* viene asumida por el fiduciario en el momento mismo en que se declara aceptar la cosa *in mancipio*. Lo que nos lleva, al campo de los negocios simulados, o al menos con causa aparente³¹.

Se puede resumir³² en que las prestaciones recíprocas en la *mancipatio* están presentes, sólo *ab origine*, cuando aquella representaba en origen una venta al contado, en la cual el precio se pagaba en la ceremonia pública de “pesada del *aes rude*”, al mismo tiempo que la transmisión de la cosa. En este caso, la obligación nacería de la alienación efectuada *fiduciae causa*, que constituiría un negocio unitario en el que la

³⁰LENEL, O. “Quellenforschungen in der Edictcommentarem” Edición Z55 (1882). En edición de Sevilla... Op. Cit. En páginas 103 y ss.

³¹NUÑEZ LAGOS, F. El enriquecimiento sin causa en el Derecho español. Madrid 1934. (páginas 60 y siguientes).

³²GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia...” (Op. Cit en nota anterior). Ya en las fuentes, la *mancipatio fiduciae causa*, conforme la *Tabula Baetica*, como anteriormente se ha apuntado, es un claro modelo de *fiducia cum creditore* constituida mediante *negotium per aes et libram*, en el cual se realiza una *mancipatio fiduciae causa* seguida de un *pactum conventum*. En este *pactum* se determina la duración de la situación fiduciaria hasta el pago del crédito por el deudor fiduciante. La *restitutio* no aparece mencionada en la *Tabula Baetica* mientras en la *Mancipatio Pompeiana* sí se hace referencia a ella. (pag 166).

recíproca *fides* sería el fundamento de sus dos elementos esenciales, la alienación solemne, y el acuerdo fiduciario. Los dos momentos de la fiducia, aquel dispositivo y aquel obligatorio, aún siendo distintos, se unen indistintamente a una *mancipatio*: a una *mancipatio* corresponde otra *mancipatio*, con las posiciones invertidas de los dos sujetos: *remancipatio*. El hilo conductor viene determinado precisamente por la *fides*, que además de lazo de unión entre el lado real y el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la unidad del negocio, es la substancia de la relación y al mismo tiempo la actitud del fiduciante, su confianza sobre el correcto comportar ajeno, unido a la posición de *bona fides* del fiduciario, beneficiario de la cosa mancipada. De todas formas, el poder asignado al fiduciario sobre la cosa es el elemento natural e imprescindible de la figura.

En conclusión, la fiducia de Derecho romano se basa en la importancia y relieve que asume la *fides*, elemento que se aprecia en el mismo negocio. Cobran relevancia dos efectos: de disposición y de obligación. En definitiva, por la diversa posición que asumen los dos sujetos: el fiduciante, que se deshace de la cosa, de la cual es titular, transmitiendo el *dominium*, y al que queda por tanto sólo con una expectativa, habiendo pignorado su patrimonio, y el fiduciario que, aceptando la cosa en fiducia, se compromete a su devolución. Pero llega a ser titular a todos los efectos. Aquí vemos cómo la raíz del negocio fiduciario está en la confianza que el transmitente voluntariamente deposita en la palabra dada por el fiduciario de retransmitirle la misma cosa o derecho conforme al fin acordado. Precisamente, porque ha aceptado la fiducia ajena, aquel tiene ante sí la única perspectiva legítima a la *restituendi fides*. Al mismo tiempo, consigue que los dos sujetos asuman una diversa función, más relevante aquel del fiduciario como sujeto declarante en la *mancipatio*, y sobre cuya lealtad, corrección, se estructura el acto de fiducia desde su inicio, mientras el fiduciante en la *imaginario venditio* es aquel que recibe el precio simbólico, y que obviamente constituye la simbólica contraprestación. Por tanto, se resume en que, la fiducia, existe y se realiza porque un sujeto, como titular de una posición jurídica, confía en el correcto comportamiento de otro sujeto por él elegido, transmitiéndole una cosa propia de la cual tiene la disponibilidad.

Así pues, la *mancipado fiduciae causa* constituye una *imaginaria venditio* por no haber existido *pretium* y por tanto el *venditor* no garantiza la legitimidad pública de *dominus ex hure Quiritium* al *accipiens*. No se ha realizado una *mancipatio ex emptionis causa*, y por tanto el *emptor* no tiene posibilidad de *usucapio ex emptionis*

causa sino que el ejercicio (*usus*) de la función dominical *fiduciae causa*, en situación de *emptor fiduciarius*. La doctrina romanista tradicional³³ y mayoritaria ha venido sosteniendo que la *mancipatio fiduciaria* implicaba la transmisión de la propiedad al fiduciario. Contra esta interpretación FUENTESECA³⁴, que matiza ciertos aspectos tratando de justificar que la *mancipatio* no producía la transmisión de la propiedad. A juicio de este autor, el acto de la *mancipatio* no tiene como finalidad la transmisión de la propiedad sino que lo que se pretende transmitir es una de las facultades que la propiedad contiene, es decir, simplemente se transmite el ejercicio de una determinada función, en este caso la función de *dominus fiduciarius* para cumplir con la función convenida en el *pactum fiduciae*, en el cual se establecerá el alcance de dicho ejercicio. Por tanto, el fiduciante mantendría la nuda propiedad (*nudum ex iure Quiritium*) limitada por el derecho del *dominus fiduciarius*. Esta teoría vendría respaldada por la posibilidad del fiduciante de entablar la *actio furti*. Asimismo plantea que la causa de la *mancipatio* es la de transmitir la función de *dominus fiduciarius*, no la de *dominus quiritario*. La crítica a esta teoría es que no se conoce ninguna otra institución que permita la *mancipatio* de un bien sin que dicha *mancipatio* conlleve a su vez el pleno dominio.

RODRÍGUEZ ENNES³⁵, sin embargo, plantea una posición más moderada en el sentido de admitir la existencia de una adquisición civil de la propiedad de la cosa entregada por parte del acreedor fiduciario, aunque no plenamente, debido a que el *pactum fiduciae* limitaba esencialmente sus facultades dispositivas. Esta posición parece la más acertada, puesto que concilia las dos posiciones extremas, en el sentido de admitir la existencia de una transmisión de la propiedad civil, aunque matizada por el contenido del *pactum fiduciae*.

La única cuestión controvertida, es la concepción de la *fiducia cum creditore* como *contractus*³⁶.

³³D'ORS, A. "Derecho privado romano" EUNSA. Pamplona 2004. (páginas 464 y 465). MIQUEL GONZALEZ, J. "Derecho privado romano". Marcial Pons, Madrid, 1995. (páginas 238 y 239).

³⁴FUENTESECA, P. Líneas generales de la fiducia cum creditore. Derecho romano de obligaciones. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1994. (páginas 427 y 428).

³⁵RODRIGUEZ ENNES, L.; y DAZA MARTINEZ, J. Instituciones de Derecho privado romano. Editorial Tirant Lo Blanch. 2009. Antigua edición de 1997. (página 242).

³⁶GOMEZ BUENDÍA, M. C. "La fiducia..." (Op. Cit en nota anterior, página 243). Aclara esta autora que "concepto de contrato y su clasificación resulta del todo controvertida y por tanto la doctrina no es pacífica en este sentido"

Para RODRIGUEZ ENNES³⁷, la fiducia constituía una causa del negocio a la que se añadía una *mancipatio* la cual se realizaba *fiduciae causa*. Se trata por tanto de “un *negotium bona fide gestum*, encuadrable en la tipología de *negotium genere* los cuales no engendraban vínculos de sumisión contractual sino vínculos de sumisión personal en cuanto basados en la buena fe”. Este autor también caracteriza la *fiducia* como un negocio formal que sirve para dar en garantía *res Mancipi*.

En conclusión, la *fiducia* surge como un negocio no contractual sancionado con la *actio fiduciae*, inserta como eje de un probable edicto de *negotiis bona fide gestis*. El *pactum* produce una vinculación de la cosa al acreedor, el deber de restitución de la misma, que se califica como *obligatio rei*. En este sentido la *obligatio* no es una *obligatio civilis*, nacida *ex contrato* o *ex delicto*, sino que nace de la *conventio* de vincular una determinada *res Mancipi* al acreedor hasta el pago de una deuda, conteniéndose los límites de esta vinculación en el *pactum fiduciae*. Como vamos a ver a continuación.

3.2.- PACTUM FIDUCIAE

GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO³⁸ entiende que la concepción moderna del negocio fiduciario se inspira en la fiducia de tipo romano con su desdoblamiento tradicional en dos elementos, característicos de la fiducia: 1) el elemento real o material (transmisión de la propiedad), 2) y el elemento obligacional, intencional *-pactum fiduciae-*, por el cual el fiduciario asumía la obligación de hacer un cierto uso del derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero, una vez cumplida la obligación garantizada. Los negocios fiduciarios, con la estructura compleja que recibieron en el Derecho romano, aparecen como la combinación de una transmisión real, y de un pacto que impone ciertas obligaciones al *accipiens*.

En el aspecto real, *erga omnes*, el negocio produce la transferencia plena y absoluta del derecho, de modo que el fin para el cual se realiza no limita jurídicamente la

³⁷RODRIGUEZ ENNES, L.; y DAZA MARTINEZ, J. Instituciones de Derecho privado romano. (Op. Cit, página 243).

³⁸GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO, F. “Diccionario de derecho Romano”. Reus S.A. 4ª Edición. Madrid 1995. Define la fiducia como negocio jurídico cuyo cumplimiento queda basado en la buena fe o lealtad de una de las partes, la cual, generalmente, se compromete a realizar a una tercera persona, la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación. Es un contrato real de buena fe, sinalagmático, imperfecto, creador de un derecho real de garantía realizado por medio de *mancipatio* o in *iure cessio* de la cosa dada en garantía por el deudor con la obligación por parte del adquirente de volver a transferir la propiedad de la cosa al enajenante cuando la deuda sea satisfecha o determinadas circunstancias sean dadas. La obligación de cumplir se contrae en virtud de otra estipulación. Esta figura desaparece con el derecho Justiniano. (página 251).

disposición: el fiduciario viene a ser propietario y acreedor frente a todos, y puede usar como crea oportuno el derecho adquirido. Mientras que en el aspecto obligatorio, el fiduciario está obligado a hacer uso de su posición de derecho en los límites que corresponden al verdadero fin del acto; si traspasa estos límites, es responsable frente al fiduciante de los daños y perjuicios que se originen a éste.

Mientras que la *mancipatio* fiduciaria atribuía un derecho real a favor del *mancipio accipiens*, también constituía un derecho de crédito a favor del *mancipio dans*, dirigida a obtener la *remancipatio* de la cosa. Se observa una contradicción entre el fin práctico que se proponen las partes (simple garantía o conservación de la cosa o el derecho) y el medio empleado. Resulta que el negocio fiduciario provoca un efecto jurídico más amplio para conseguir un fin económico más restringido: se transmite el dominio para obtener un fin limitado de garantía.

En el texto de la fórmula *Baetica*, observamos como el *pactum fiduciae* es denominado *pacta conventum*. La denominación de *pactum conventum* para indicar el concepto unitario y usual. Como anteriormente hemos apuntado, el *pactum fiduciae* no genera una vinculación contractual sino que se trata de una vinculación de fidelidad. En este pacto se delimita el alcance de la *causa fiduciae*, y se determinan los créditos garantizados por la *mancipatio* fiduciaria y los derechos del acreedor *accipiente*.

Respecto a las causas del crédito cabe hacer una observación, y es que si bien están referidas al pasado, también aparecen referidas al futuro³⁹. Se trataría de un *pactum de vendendo* integrado en el *pactum fiduciae*, esta facultad pactada vendría a contradecir la hipótesis según la cual la fiducia originaria habría operado como prenda de caducidad, y la inclusión de este *pactum de vendendo* dificultaría la existencia de una *lex commisoria* en la fiducia⁴⁰. Podría tratarse de una facultad de vender otorgada al acreedor para poder vender la cosa sin quebrantamiento de la *fides* pactada.

En el *pactum* hallamos una determinación detallada de las condiciones en las que

³⁹GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia...” (Op. Cit. En nota anterior, pag 166, 167 y 169). Pone un ejemplo esta autora: Por tanto la garantía se mantendría “mientras Baiano fuera cliente de Ticio. Llegado el momento en que Ticio no debiera nada a Baiano, éste podría pedir la *remancipatio* del fundo y de los esclavos. Por tanto, la garantía se mantendría mientras Baiano fuera cliente de Ticio. El hecho de que mediante la garantía constituida pudieran garantizarse créditos futuros tiene una gran importancia y pone de manifiesto la utilidad de la *fiducia cum creditore* en el ámbito negocial ya que mediante un único negocio jurídico se permitía garantizar todos aquellos créditos nacidos entre las partes en el futuro.” Una vez establecido el ámbito de la garantía, las partes pactan los derechos del acreedor fiduciario para el supuesto en que Baiano no hubiese pagado al vencimiento de sus deudas, procediese a reemancipar los bienes dados en garantía.

⁴⁰D’ORS, A. “Epigrafía jurídica de la España romana”. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios jurídicos”. Madrid, 1953. (página 437).

será lícito al acreedor ejercitar su *ius vendendi*. Parece ser que se otorgan ciertas facultades al deudor restringiendo de esta forma el poder desmesurado del acreedor a la hora de vender las *res Mancipi* fiduciadas. Asimismo una venta a bajo precio podría ser censurada como infracción de la buena fe y por tanto podría también entablarse la *actio fiduciae*. El fiduciario al vender debía cobrarse con el precio obtenido y devolver el *superfluum* al fiduciante. El acreedor elegirá el lugar y la hora de la venta. A continuación se habla de que la venta sea *pecunia praesenti*. Respecto a esta cuestión D'ORS⁴¹ apunta varias teorías: En primer lugar, refiere que podría tratarse de una facultad otorgada al acreedor, pudiendo éste vender al contado, es decir a más bajo precio y no a plazos, lo que supone una desventaja para el deudor decomisado. En segundo lugar, no se trataría de una facultad sino de una obligación del fiduciario impuesta al vendedor para que de esta manera el deudor pudiera cobrarse de modo inmediato el *superfluum* sin necesidad de esperar los plazos convenidos en la venta. Finalmente queda la posibilidad de que simplemente se trate de un reflejo del carácter real de la venta frente a una *mancipatio* que tal como se explicita en el texto de la Fórmula *Baetica* pudiera hacerse *nummo unno* y no a la fuerza, o sea por un precio real.

3.3.- CAUSA FIDUCIAE

Hasta aquí hemos visto que el negocio fiduciario se lleva a cabo por medio de un negocio abstracto traslativo, y encuentra su razón justificante en la simple *causa fiduciae*, correspondiente a los fines del mandato o de la garantía, que se concretan en la relación obligatoria, y causa que se refleja en la constitución de un derecho de crédito a favor del fiduciante, para exigir la restitución del objeto transmitido. La *causa fiduciae*, es lo que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario, e informa del contenido del mismo; se caracteriza como una causa atípica consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial, frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res* fiduciaria conforme a lo pactado, y de restituir al fiduciante o a un tercero la misma cosa o derecho recibidos.

⁴¹D'ORS, A. Epigrafía Jurídica de la España romana. Op. Cit. Expone las teorías de RFNOOKFF y DEGENKOLB, que se inclinan a pensar que no se trataría de una facultad sino de una obligación del fiduciario impuesta al vendedor para que de esta manera el deudor pudiera cobrarse de modo inmediato el *superfluum* sin necesidad de esperar los plazos convenidos en la venta. Finalmente apunta la posibilidad de que simplemente se trate de un reflejo del carácter real de la venta frente a una *mancipatio* que tal como se explicita en el texto de la Fórmula *Baetica* pudiera hacerse *nummo unno* y no a la fuerza, por un precio real. (páginas 431 y s.s.).

Ni siquiera la inclusión de la cláusula *fiduciae causa* en el formulario de la *mancipatio* o *in iure cessio* modificó de por sí los efectos del acto. La función de tal cláusula era indicar el motivo por el cual el acto era realizado, con lo cual no hacía más que constatar un hecho (BETTI⁴²).

Una vez que la *mancipatio* se transformó en venta ficticia (*imaginaria venditio*) y con ello en negocio abstracto susceptible de diversas causas negociales, pudo utilizarse adicionándole la *causa fiduciae*, y surgió así la *mancipatio fiduciae causa*.

La misma expresión *fiduciae causa* revela precisamente que el fin fiduciario constituía la causa de la transmisión de la *mancipatio*, o de la *in iure cessio*, que se definía *mancipatio fiduciae causa*, siendo la *causa fiduciae* suficiente para justificar la adquisición como causa consistente en el efecto jurídico de producir un derecho de crédito a favor del transmitente.

La *causa fiduciae*, propia de la *mancipatio* fiduciaria, implicaba el deber de devolución -*reddere rem*-; la fidelidad se cifra concretamente en la *restitutio rei*, y en este sentido se habla de *remancipatio*: a consecuencia del carácter temporal o transitorio de la *causa fiduciae*, surge la obligación de retransmitir la misma cosa o derecho adquiridos, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario.

Las fuentes constatan que la fiducia consiste y se realiza mediante una *mancipatio fiduciae causa*, mediante la cual la *res mancipio data* (*fiduciae causa*) queda obligada *pignoris iure*. La cláusula *fidi fiduciae causa* se encontraba en el acto de la *mancipatio*, e implicaba que el *dare* no era definitivo⁴³.

La lectura de la *formula Baetica* confirma que la obligación de restitución no es la manifestación de la fiducia, sino que es la misma substancia del acto, con la consecuencia que la responsabilidad fiduciaria sea asumida y nazca directamente de la *mancipatio fiduciae causa*; esta obligatoriedad en sentido técnico de restitución se deduce claramente de la *nuncupatio*, que es elemento constitutivo de la *mancipatio* fiduciaria, y al mismo tiempo productiva de *ius* (ARANGIO RUIZ⁴⁴).

⁴²BETTI. E. Instituciones de derecho romano. (Instituzionni de Diritto romano). Padora 1942 (pag 135).

⁴³GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia...” Op. Cit. Recoge esta autora que “En la *mancipatio fidi fiduciae causa* recogida en la *formula Baetica*, el *accipiens* recibe no ya el *titulus* de *dominus ex iure Quiritium* de la cosa, sino el ejercicio y uso de una titularidad fiduciaria, en función de *emptor fiduciarius*, de acuerdo con la *fides*, y según los acuerdos convenidos en el *pactum fiduciae*” (Nota anterior, pag 159 a 161 y 166 y 167).

⁴⁴ARANGIO RUIZ, V. “Instituciones de Derecho romano” (Op. Cit. páginas 381 y s.s.).

En definitiva, en la *mancipatio fiduciae causa*, el acto jurídico es la *mancipatio* y la fiducia su causa.

3. 4.- CONTENIDO: OTROS PACTOS

Además, existen junto al pacto principal otros pactos añadidos y accesorios, que la misma fórmula individualiza.

El negocio fiduciario en la forma de *mancipatio fiduciae causa* aparece por primera vez, como ya hemos dicho, a través de la *fiducia cum amico* aplicada en el ámbito familiar -*mancipatio familiae*, *coemptio fiduciae causa*, la fiducia con el *pactum ut manumittas*-, y dicha aplicación influyó sobre la *fiducia cum creditore*: ésta última supuso la aplicación del negocio fiduciario de la *mancipatio fiduciae causa* a la función de garantía crediticia, y a través de ella se hacía una *emptio fiduciae causa* que transfería el poder o potestad dominical de la cosa al acreedor para tal fin, recibiendo este último el ejercicio fiduciario del poder dominical sobre la cosa.

La finalidad de garantía (*fiducia cum creditore*) implica la eventual venta de la *res fiduciae data* a título de *emptor fiduciarius*, la cual es función análoga a la venta *pignoris iure*: se ha supuesto que el *pactum vendendi* se habría aplicado a la fiducia tomándolo del *pignus*.

Ejecuta así el fiduciario la *obligatio rei*, que recae sobre la cosa vendiéndola *cum iure suo*. De esta manera, el fiduciario es liberado de la responsabilidad derivada de la alienación *fiduciae causa*, sólo en función del pacto expreso que a aquella se acompaña. La facultad de vender -*vendere licere*-, que corresponde al acreedor -formando parte de esa gestión de confianza que se encomendaba al fiduciario-, obedecería a la conveniencia de conceder a éste la posibilidad de enajenar sin quebrantamiento de las normas de fidelidad exigidas por la *fides* y supone la definitiva liberación de todo tipo de responsabilidad respecto a la cosa tenida en fiducia.

Nos detendremos en el análisis del mecanismo y fundamento de la actuación del acreedor fiduciario para satisfacerse sobre la cosa tenida en garantía.

El *ius vendendi* parece considerarse como inherente al mismo *pactum fiduciae*, y se considera como elemento natural de la *fiducia cum creditore*. El *pactum vendendi*, de un lado, en lo que respecta a la transmisión fiduciaria, constituye de por sí una delimitación de la responsabilidad que nace de aquella en favor del acreedor fiduciario.

El acreedor fiduciario ejercitaría así sobre las *res mancipi* confiadas -*res fiduciae data*- una función o gestión dominical transitoria, que conduciría a la devolución o a la

venta de la cosa. Este estará obligado a comportarse respecto al objeto recibido en garantía en modo conforme a la buena fe (conservación, administración, disposición de la cosa), tanto antes como después del vencimiento del crédito garantizado.

El acreedor tendría siempre la facultad de vender la fiducia, para pagarse con lo obtenido de la venta, después del vencimiento de la obligación y verificarse, se entiende, el incumplimiento del deudor, y no se puede considerar que el fiduciario hubiese violado la obligación de restitución asumida sobre el fiduciante, a causa de la insolvencia del deudor.

Teniendo en cuenta el principio de la *bona fides* dominante en la relación fiduciaria, el régimen de la venta constituye el efecto natural de la *fiducia cum creditore*, en el sentido de considerar que el cumplimiento directo sobre la garantía debe comportar, en la venta, una compensación entre el valor de la cosa y la suma del crédito garantizado, y viceversa. Como ya vimos, en la *Tabla Baetica*, la facultad del acreedor de vender lícitamente la fiducia se suponía por voluntad unilateral de este último, sin necesidad de un consenso tácito o presunto.

Estos pactos no eran de hecho concluidos por el acreedor para procurarse la facultad de vender lícitamente, sino que tenían un carácter meramente cautelar, a fin de precisar los límites mediante los cuales el *ius vendendi* podía ejercerse en interés de ambas partes⁴⁵.

3. 5.- IUS VENDENDI Y PACTO DE VENDENDO

Lo resume GOMEZ BUENDÍA⁴⁶ de forma didáctica: el *pactum vendendo* es concluido en interés del acreedor, y éste debía restituir tan sólo *pecunia soluta*; a este intento es dedicada la primera parte del *pactum conventum* unido a la mención de la *mancipatio sestertio nummo uno*, o bien *fidi fiduciae causa*: se afirma que al acreedor fiduciario le es lícito vender, y se precisan los recíprocos deberes del deudor y del acreedor de reintegrar la eventual diferencia entre el precio de venta y el total del crédito o viceversa: si el precio de venta supera el total del crédito garantizado, el fiduciante será liberado, y podrá pretender legítimamente del fiduciario con la *actio fiduciae* la restitución de la diferencia. La *solutio*, que es condición para la restitución,

⁴⁵FUENTESECA DEGENEFTE, C. Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón. Revista de derecho privado. Enero de 1998. (páginas 47 y 48).

⁴⁶GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia...” (Nota anterior, pag. 166 y 167).

no va entendida en el sentido estricto de pago, sino en el sentido amplio de cumplimiento y extinción de la obligación del deudor. Por tanto, tiene la misma eficacia que el pago, a fines de la restitución, todo hecho jurídico que produce la liberación del deudor. La obligación de restitución del fiduciario surge con la extinción del crédito garantizado por la fiducia, y se subordina a la condición *pecunia soluta*.

En los otros fragmentos que en origen hablaban de la fiducia, y hacían mención explícita del *pactum de distrahendo*, dicho pacto no figuraba como requisito indispensable entre los límites mediante los cuales el *ius vendendi* podía ejercerse en interés de ambas partes, lo que indica que no era un requisito imprescindible.

Es significativa la forma usada en los textos para indicar la liberación de responsabilidad del acreedor que, no satisfecho al vencimiento, vende la cosa sometida a fiducia. La facultad de vender reconocida por pacto al acreedor está condicionada a la falta de pago imputable al deudor, al vencimiento del crédito garantizado.

De hecho, el fundamento de la *satisfactio* del acreedor fiduciario sobre la cosa tenida en garantía, resulta estrechamente relacionada con la estructura y efectos del negocio fiduciario.

El acreedor tenía siempre la facultad de vender la fiducia y así, pagarse con lo obtenido de la venta, después de vencida la obligación y verificarse, se entiende, el incumplimiento del deudor. Por tanto, al acreedor le es lícito vender la fiducia *non soluta pecunia*. No podía de hecho sostenerse que el fiduciario hubiese violado la obligación de restitución asumida sobre el fiduciante, precisamente a causa de la insolvencia del deudor.

En un principio se había considerado necesario un pacto para la licitud de la venta de la fiducia; sucesivamente habría bastado el consenso presunto. Pero esta doctrina estaría en contraste con la estructura de la fiducia clásica, con la finalidad propia de esta figura. Esto supone que falta la acción para resarcirse y la ejecución, por lo que se utilizan mecanismos de la prenda.

Las reglas de la fiducia aportan la materia para regular la alienación de la cosa dada en prenda; la recepción de las normas de la fiducia en la prenda no es una recepción arbitraria, sino que responde a una evolución natural en cuanto que ésta última asumía el carácter de buena fe, ya que con la *datio pignoris* no se operaba más la transmisión de

la posesión al acreedor, sino un *ius in re aliena* que es precisamente el *ius vendendi*. (D'ORS-⁴⁷).

Así, la estructura final de la prenda, como aparece en la praxis postclásica y especialmente en el derecho justiniano, se construye, como ya hemos dicho, teniendo en cuenta la fiducia.

Esto tiene como consecuencia que la facultad de alienar sea inherente al negocio, que el acreedor pueda ejercerla a falta de acuerdo, o a pesar de una voluntad contraria, y que el *pactum de distrahendo pignore* sea oportuno sólo para establecer la modalidad de la venta.

Tanto en la fiducia como en la prenda postclásica se aprecia el reconocimiento de la facultad del acreedor de alienar independientemente del pacto que sirve para regular sólo la venta, según el querer de los contratantes; en ambas, es ineficaz la prohibición de vender, y esto no crea en el acreedor otra obligación más que la denuncia contra el deudor.

Por tanto, el *ius distrahendi* de la prenda, suponía en el derecho clásico la existencia de un *pactum* que autorizase al acreedor a vender. En el derecho justiniano, sin embargo, la facultad de alienar otorgada al acreedor era elemento natural de la prenda, y no podía ser excluida ni siquiera por un pacto en contrario.

En definitiva y como resumen, la *fiducia cum creditore* supuso la aplicación del negocio fiduciario de la *mancipatio fiduciae causa* a la función de garantía crediticia y significó la admisión de la confianza como causa específica de un acto de transmisión de las *res Mancipi*, transfiriéndolas bajo la potestad de otra persona en cuya fidelidad se confía para el cumplimiento de diversos fines. Sería un negocio jurídico, genérico, de transmisión de la *potestas* sobre una *res Mancipi*, con el *pactum fiduciae* añadido, que determina la función de confianza que el *accipiens* debía cumplir (de confianza, de utilización o uso gratuito o bien de garantía).

Nos preguntamos cuál es fundamento de la obligación del fiduciario: consideramos que ésta no se basa en un *pactum fiduciae* añadido al acto solemne de alienación, sino independiente de éste, y sobre el mismo acto solemne, efectuado *fiduciae causa* (donde la mención del fin fiduciario de la alienación vendría incluida en la fórmula ritual de la

⁴⁷D'ORS, A. "Derecho privado romano". Editorial EUNSA. Estudios Universidad de Navarra. Pamplona 2004. (página 464).

mancipatio y de la *in iure cessio*), y constituiría una *lex mancipio dicta*, incluida en la *nuncupatio* de la *mancipatio*, mientras el *pactum fiduciae* habría servido para regular, según el intento práctico perseguido por las partes, la obligación de restitución. Elemento esencial de la obligación derivada de la fiducia sería siempre la obligación de restitución, pero esta obligación no se configuraba de la misma manera que en los casos en que intervenía la *condictio*, esto es, como una obligación de restitución apoyada en la misma *datio* y por ella directamente configurada; así pues, nos encontramos en presencia de una obligación que tiene su fuente en un negocio principal, al cual se le añade en su estructura un pacto secundario que regula la obligación misma.

En conclusión y argumentando precisamente la ausencia de *furtum* del fiduciante sobre la *res* dada en fiducia, y la consiguiente *usureceptio fiduciae*, se ha afirmado por GOMEZ BUENDÍA⁴⁸ que en origen, el único efecto del negocio fuese la obligación inmediata y absoluta de restitución.

El empleo de la *mancipatio* confería a la operación una cierta publicidad, publicidad que por largo tiempo debía reforzar la tutela del *pactum conventum*.

La *mancipatio* con *pactum fiduciae* se utilizó para la transmisión de las cosas incorporándolas bajo potestad del *accipiens*. La fiducia sirvió también para impulsar mediante el *pactum fiduciae* figuras nuevas que se transformaron en contratos, y fueron integradas por el pretor en el *edictum de rebus creditis*, núcleo de las *obligationes re contractae*.

En definitiva, la fiducia es un tipo de negocio basado en la confianza, mediante el cual el *dans*, confiando en la fidelidad del *accipiens*, entrega a éste una cosa para que, cumplida una finalidad convenida, se la devuelva fielmente porque debe *fidem praestare*.

En resumen, siguiendo a DÓRS⁴⁹, la individualización de la *fiducia cum creditore* a través del *pactum*, que limita y subordina la obligación de restitución, esto es, la

⁴⁸GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia...” (en nota anterior, pag. 166 y 167; 169 y 170). Para esta autora, la obligación del fiduciario consistía en el deber de restituir *pecunia soluta*, y no existía un límite de tiempo más allá del cual el fiduciario fuese liberado de cualquier responsabilidad, alienando o destruyendo la cosa; fue para limitar esta responsabilidad por lo que surgen la *lex commissoria* y el *pacto de vendenda fiducia*, los cuales acordaban sustancialmente la facultad del acreedor de tener definitivamente la cosa o proceder a su venta; de otra parte, al separar los efectos puramente reales de la alienación fiduciaria y los efectos obligatorios de la misma (obligación condicionada a restituir), se presenta la fiducia *cum creditore* como una limitación de carácter obligatorio de los poderes atribuidos al fiduciario como *dominus* de la cosa, consistente en una obligación de restituir condicionado al pago a tiempo debido del crédito garantizado; así, con el incumplimiento al vencimiento, no surgiría responsabilidad a cargo del fiduciario.

⁴⁹DÓRS, A. “Derecho privado romano”. Op. Cit. (páginas 437 a 440).

responsabilidad de la obligación que nace de la *mancipatio fiduciae causa*, presenta toda la historia de las garantías reales de las obligaciones. La fiducia representa una causa de la *mancipatio* como negocio abstracto, y surge como una aplicación de la misma, una vez convertida en *imaginaria venditio*, esto es, en negocio ficticio de compra mediante el precio simbólico de un *sestertius*. El *mancipio accipiens* adquiere una posición de *emptor fiduciarius*: la *mancipatio fiduciae causa* no tenía por finalidad la transmisión del *titulus* de *dominus* quiritarario al *accipiens*, ya que no se había pagado un precio de compra verdadero -como ocurriría si se tratase de una *mancipatio emptionis causa*-, sino ficticio: el *accipiens* cumplía solamente la función de confianza de *emptor fiduciarius*. Cuando la *mancipatio* fiduciaria se aplicó para realizar un negocio de garantía del crédito, dando lugar a la fiducia *cum creditore*, se hizo necesaria una mayor especialización de los límites de confianza dentro de los cuales se realizaba la *mancipatio*, por ello hubo que precisar el alcance de la *causa fiduciae*.

Esta delimitación de la confianza dentro de la función de garantía que el negocio debía cumplir, se concretaba en el *pactum fiduciae* añadido a la *mancipatio*, que nos transmiten los documentos bético y pompeiano. Pero en la *mancipatio* con finalidad de garantía frente al acreedor, la *causa fiduciae* se especificaba en el *pactum conventum*, bajo una doble opción: *remancipatio* (*si pecunia soluta sit*), o *venditio* (*si pecunia soluta non sit*), esto es, el acreedor ejercitaría sobre las *res Mancipi* confiadas una función o gestión dominical transitoria que conduciría a la devolución o a la venta de la cosa, en el caso de que el deudor no pagase⁵⁰.

3.6.- ACTIO FIDUCIAE: TUTELA PROCESAL

Nos queda tan solo, analizar las acciones procesales del mecanismo negocial. La tutela procesal de la fiducia habría sido otorgada en primer lugar por el pretor, mediante la concesión de una fórmula edictal asimilable a los *bonae fidei iudicia*, que demuestra

⁵⁰D'ORS A. "Derecho privado romano" Op. Cit. Para D'Ors el *pactum* viene indicado y teorizado como elemento esencial del mecanismo; se trataría de un *pactum adiectum*, que concretaría y explicaría el contenido fiduciario, esto es, serviría para delimitar el alcance de la *causa fiduciae*, confiriéndole una finalidad de garantía en el caso de *fiducia cum creditore*. Necesariamente debía tratarse de un pacto que precediese o fuese contemporáneo a la *mancipatio*, y en el cual se dispusiera la determinación del objeto y la consiguiente especificación de los derechos y obligaciones de las partes. El *pactum conventum* regulaba la modalidad, el fin práctico y las condiciones especiales que debían regular las relaciones entre las partes. En una primera aproximación, si el contenido fiduciario y, por tanto, la substancia de la relación, son remitidos al *pactum*, el pacto mismo vendría a ser fuente exclusiva de la relación, constituyendo así no una unión sino separación entre el momento dispositivo, con la consiguiente transmisión de la cosa, y aquel obligatorio, que constituye la necesaria consecuencia.(pag. 157 y 158).

el enlace de aquella *bona fides*, cuyo desarrollo abarcó la expansión de las relaciones entre romanos y peregrinos en el comercio internacional.

Sobre la estructura de la fiducia se refleja la misma fórmula de la *actio fiduciae* recordada por Cicerón, cuya obligación con la cláusula *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* contiene el núcleo esencial de la figura, independiente y distinto de la referencia a la *fides*, de la fórmula prevista y utilizada por los *bonae fidei iudicia*, con la inclusión del *iudicium fiduciae*, y en donde la condena prevista era la infamia.

Se admite comúnmente que la relación fiduciaria había gozado de una defensa pretoria mediante la *actio in factum*, y todavía de una *actio fiduciae in ius* desarrollada sobre el terreno del derecho civil. La *actio fiduciae* aparece como una excepción difícil de explicar, puesto que significa la existencia de un *oportere ex fide bona* de origen pretorio, frente al *oportere ex lege* propio de los *iudicia legitima*. En el Derecho romano, constituiría una fórmula pretoria sancionadora de un hecho doloso, esto es, contrario a la *bona fides*; en consecuencia, cabría entenderla como *actio* destinada a proteger la *fides bona* negocial referida, por tanto, en todos los casos de *gestio* en que se atenta contra la *bona fides*⁵¹.

La *actio fiduciae* sería el modelo común de un grupo de acciones procedentes de negocios cuya función constituye una *gestio bonae fidei*, entre los que se hallarían el *mandatum*, tutela, *gestio negotiarum*. Las fuentes de la responsabilidad común de este grupo de figuras no se hallaba en una *obligatio civilis* nacida *ex contractu* o *ex delicto*, sino en una garantía pactada *ex bona fide*: la *mancipatio fiduciae causa* sería un prototipo de *negotium bona fide gestum*. (GOMEZ BUENDÍA⁵²)

No es compatible una *actio sine lege* con el formalismo verbal de una *legis actio*, y esto es la dificultad que ha impedido admitir una *legis actio fiduciae*. Por último, la más antigua de las *actiones bonae fidei*, que al mismo tiempo constituía su modelo originario, era la *actio fiduciae*; por eso debe hacerse una breve referencia a la misma; sistemáticamente resulta complicado encuadrarla en una determinada categoría procesal, por lo que se plantea el problema de su inclusión en el grupo de los *bona fidei iudicia* anterior a la *lex Aebutia* o por el contrario si se trataría de una *legis actio*. Una primera consideración a tener en cuenta es que Gayo en sus Instituciones, incluye la

⁵¹RODRIGUEZ ROSADO, B. "Fiducia y pacto de retro en garantía". Editorial Marcial Pons. Barcelona 1998. (páginas 110 y 111).

⁵²GOMEZ BUENDÍA, M.C. "La fiducia..." (Op. Cit. en nota anterior, pag. 167 y 168)

actio fiduciae en los juicios de buena fe: «los juicios de buena fe son estos: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el de depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela, el de reclamación de la dote»". (ARIAS RAMOS⁵³).

Esta *actio fiduciae* perduró incorporándose con las demás *iudicia bonae fidei* al *ius civile* en la época del Principado. La *actio fiduciae* tendría como finalidad la *restitutio rei*. Partiendo de esta base, la *actio fiduciae* estaba dirigida a aquellos casos en que la *res obligada* no era devuelta así como en aquellos otros en que el *ius vendendi* no se hubiera ejercitado de acuerdo con los parámetros de la *bona fides*. En el caso en que la cosa fuera enajenada a un tercero, la *actio fiduciae* sólo proporcionaba una indemnización por incumplimiento del deber de fidelidad, naciente del *pactum*; en todo caso, la cosa permanecería bajo el dominio del tercero.

La posición del fiduciario respecto a la fiducia es en todo similar a aquella de cualquier otro titular del derecho de propiedad sobre la cosa. Esto no puede explicarse más que con razones prácticas, con las ventajas que la garantía real, actuada mediante transmisión de la propiedad, aseguraba a los acreedores, en comparación con la garantía prestada mediante prenda e hipoteca. (NUÑEZ LAGOS⁵⁴).

Resulta también dudoso que el fiduciario adquiriese el *dominium* pleno y definitivo de la cosa confiada, ya que los textos contienen datos difícilmente conciliables con tal resultado; no sólo los frutos de la cosa confiada no se consideraban sin más propios del fiduciario, sino que el acreedor fiduciario no podía vender los objetos confiados si no se le autorizaba expresamente para ello. La propiedad del acreedor fiduciario es, de hecho, temporal y transitoria; la propiedad tiene realmente tal cualidad en todo tipo de fiducia, desde el momento en que el fiduciario asume la obligación de liberarse del dominio en ciertas condiciones o de un determinado modo, y la tiene por tanto también en la *fiducia cum creditore* ya que, en el desarrollo normal del negocio, la propiedad volvía al fiduciante⁵⁵.

⁵³ARIAS RAMOS, J. A. "Derecho público romano e historia de las fuentes". (Op. Cit. páginas 136 y 137). Recogido también en "Derecho Romano II" Madrid 1974. (página 821 y 822).

⁵⁴NUÑEZ LAGOS, F. El enriquecimiento sin causa en el Derecho español. Madrid 1934. (páginas 62 y siguientes).

⁵⁵BELDA MERCADO, J. "La *Mancipatio fiduciae causa...*" (nota anterior, pag. 17 y siguientes). En texto de esta autora: "exacto es también decir que la propiedad del acreedor fiduciario es condicionalmente resolutoria, lo que equivale a decir más claramente que en la *fiducia cum creditore* se tiene una transmisión de la propiedad sujeta a condición resolutoria. Condición resolutoria que,

Ocorre que no se conoce en Roma la condición resolutoria, sólo se conoce la posibilidad de añadir a los negocios jurídicos un pacto de resolución bajo condición suspensiva, el cual, añadido a un acto traslativo de la propiedad, lógicamente, no era capaz de operar el retorno de la propiedad al fiduciante, sino a través del vínculo obligatorio, esto es, a través del cumplimiento por parte del adquirente de la obligación de restitución asumida. Y es que la *mancipatio*, aparte de no ir dirigida a producir efectos obligatorios o acciones, tampoco toleraba un término final ni una condición resolutoria, ni un *modus* que tendiese a la restitución. El acreedor fiduciario podía disponer de la cosa recibida en garantía como todo propietario, y sus actos de disposición tenían plena eficacia respecto a terceros, de modo que el fiduciante no podía perturbarle ni reclamar. En este sentido, llamar limitada o formal la propiedad del fiduciario, significaría confundir los efectos reales con los efectos obligatorios del negocio fiduciario. De esto deriva la prueba de los actos de disposición más importantes, como puede ser el caso de que el acreedor venda a terceros por medio de la fiducia: sanciona que el fiduciante no pueda inquietar a los compradores, y supone válida la venta; además niega que el fiduciante pueda pretender su revocación, o bien rechaza entregar la cosa a los adquirentes. La relación fiduciaria, si el acreedor cumple actos de disposición, no tiene influencia alguna sobre la posición de terceros, y de aquellos actos no pueden surgir más que efectos de carácter obligatorio.

La acción de reivindicación de la propiedad pertenece exclusivamente al propietario, y puede ejercitarla: 1) contra los terceros que en cualquier caso detenten la cosa, sea también contra la voluntad del fiduciante; 2) contra el mismo fiduciante que había conservado la posesión de la cosa *ab initio* o sea reintegrado en el momento; 3) también puede ejercer, en caso de *furtum* de la fiducia, la *condictio furtiva*, reipersecutoria, que a diferencia de la *actio furti* penal, puede ser instituida sólo por el propietario.

Las restantes acciones basadas sobre la propiedad: *actio confessoria*, *servitutis*, *negatoria*, pertenecían exclusivamente al fiduciario; otros actos jurídicos a los cuales el fiduciario estaba legitimado en virtud de su derecho de propiedad sobre la cosa tenida en fiducia eran: *rei vindicatio*, *legatum per vindicationem*, y *legatum per praeceptionem*, *impetratio possessionis*.

verificándose, actúe con eficacia real y absoluta, esto es, una vez unido a un negocio traslativo de la propiedad, hiciese volver la cosa al alienante”.

El acreedor fiduciario, que no ha entrado en posesión de la cosa al acto de constitución de la fiducia, tiene derecho a obtener la entrega cuando quiera; si el acreedor no exigía la entrega, el fiduciante permanecía como poseedor de la cosa, y el acreedor podía correr el riesgo de perder su garantía a causa de la existencia de la figura de la *usureceptio fiduciae*, en virtud del cual el deudor podía readquirir la propiedad de la cosa (*usu recipere*) mediante la posesión de un año. Para evitar tal peligro, los acreedores podían dejar la cosa al deudor con un título que le excluyese de poder adquirir la posesión, o al menos de tener una posesión idónea a la *usucapio*, dejando la cosa al deudor en *locatio* o precario.

El fiduciante se colocaba en situación inmutable de mero detentador (*possessor alieno nomine*) mientras la posesión pasaba y permanecía en el acreedor fiduciario, de modo que el deudor no estaba ni podía estar en condiciones de usucapir.

En el análisis de la eficacia obligatoria de la fiducia, el tema de la posición del acreedor constituye uno de los temas más debatidos de la disciplina jurídica de esta figura.

1) Antes del vencimiento de obligación garantizada por la fiducia, el acreedor que venda o legue la cosa, manumita al esclavo recibido en garantía, incumple manifiestamente la obligación asumida con el pacto de fiducia, ya que se pone en condición de no poder restituirla: viola manifiestamente la obligación general de comportarse leal u honestamente sobre la otra parte, lo que deriva del carácter de buena fe del negocio fiduciario.

2) Después del vencimiento de la obligación garantizada, la posición del acreedor fiduciario no cambia si el deudor cumplía, ya que en este caso incumple más gravemente la segunda obligación que ya habíamos mencionado.

3) En el caso de que vencida la obligación, el deudor incumpla su obligación, según las consecuencias lógicas que derivan de la estructura de la fiducia *cum creditore*, la posición obligatoria del acreedor fiduciario no podía sino sufrir una profunda modificación. En este caso, los actos de disposición no podían hacer surgir a su cargo responsabilidad derivada de la obligación de restitución, porque dicha obligación debía considerarse extinguida a causa de la insolvencia del deudor. Y ni siquiera una violación de la *bona fides* se podía ver en estos casos, ya que debemos decir que él podía cumplir lícitamente.

La jurisprudencia clásica siempre ha reconocido que el acreedor, vendiendo en tal caso la fiducia, para cobrar su crédito con la venta y después devolver la diferencia,

actuaba sin duda lícitamente; no incurría en ninguna responsabilidad sobre el fiduciante por el sólo hecho de haber vendido por propia iniciativa, y el acreedor, actuando de tal modo, no sólo no violaba su obligación de restitución, sino que no contravenía ni siquiera su deber de actuar según la *bona fides*.

No se había considerado lícito vender la fiducia en la insolvencia del deudor; en una primera fase, el acreedor para poder vender lícitamente, debía, al igual que la prenda, concluir un pacto expreso con el deudor (*pactum de vendendo, pactum de distrahendo*); sólo en una fase posterior se admite que el acreedor pudiese también vender sin pacto expreso, y se admite, porque se considera sobreentendido este pacto. En otras palabras, en Roma se habría considerado necesario, para la licitud de la venta de la fiducia, el consenso expreso o presunto del deudor, de la misma manera que este es requerido para la alienación de la prenda.

Sin embargo, en la *formula Baetica* se aprecia la facultad del acreedor de vender lícitamente la fiducia por voluntad unilateral, sin necesidad de un consenso tácito o presunto del deudor, porque aquello que el acreedor establece de acuerdo con el deudor se refiere solamente a la modalidad de ejercicio de tal facultad (la facultad de vender con la misma finalidad corresponderá no sólo al acreedor, sino también a su heredero); la *formula Baetica* demuestra que el pacto no tenía carácter de *pactum de vendendo o de distrahendo*, en el sentido de que estos textos se entienden en materia de prenda, pactos que autorizan al acreedor pignoraticio no propietario a vender, y en donde el pacto usado en materia de fiducia tenía carácter meramente cautelar.

Habría que considerar que el acreedor fiduciario sí podía lícitamente vender en la insolvencia del deudor, y no incurría en responsabilidad por el hecho de la venta hecha unilateralmente, debiendo vender en el modo económicamente más conveniente para no perjudicar al deudor. Era por tanto natural que los acreedores fiduciarios prestasen cautela ante tales inconvenientes, acordando preventivamente contra el deudor el poder vender, en determinados modos, y en determinadas condiciones de tiempo y lugar; en otros términos, regulando convencionalmente el ejercicio de su facultad de vender lícitamente.

La doctrina mayoritaria⁵⁶, tal como se ha apuntado en el apartado en el que se trataba de la *mancipatio fiduciae causa*, sostiene que la *mancipatio* fiduciaria, implicaba la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario. Existe una teoría minoritaria

⁵⁶D'ORS, A. "Derecho privado romano" EUNSA. Pamplona 2004. (página 464). MIQUEL GONZALEZ, J. "Derecho privado romano". Marcial Pons. Madrid, 1995. (pag. 238).

defendida por FUENTESECA⁵⁷, que sostiene que la *mancipatio* no tenía como causa la transmisión de la propiedad, sino que lo que se pretendía transmitir era la función de *dominus fiduciarius* y no la de *dominus ex iure Quiritium*, por tanto, sólo se transmitiría *el usus* de la función dominical, manteniendo de esta forma el fiduciante la nuda propiedad de la cosa. Esta teoría, siendo arriesgada, permite plantear la doctrina intermedia que defiende RODRIGUEZ ENNES⁵⁸, que partiendo de la existencia de una adquisición civil de la propiedad de la cosa entregada, concurren unas limitaciones en las facultades dispositivas contenidas en el *pactum fiduciae*, que en todo caso se encontraban sancionadas por la *actio fiduciae*, que permitía la indemnización por incumplimiento, en el caso de que el fiduciante incumpliera el *pactum*.

Así pues, la *fiducia cum creditore* admitía mediante la constitución de un único negocio fiduciario, garantizar todos aquellos créditos nacidos entre las partes, si no había manifestación de romper el vínculo creado por alguna de ellas⁵⁹.

En la época romana, el negocio fiduciario fue concebido como un negocio abstracto cuya celebración estaba sujeta a las formalidades propias de los negocios *per aes et libram*. Hoy en día, uno de los problemas básicos apuntados por cierta doctrina, entre los que destacan FUENTESECA⁶⁰ y ARESPACOHAGA⁶¹ es el de encajar este negocio abstracto en sus orígenes, y del mismo modo recogido como tal en ordenamientos jurídicos como el alemán, que si admite la categoría de negocio abstracto, en aquellos ordenamientos jurídicos causalistas como el español o el italiano. Así pues, la solución es plantear un negocio de transferencia causal. La causa del negocio jurídico sería la *traditio* con la finalidad de gestión o de administración según el caso, siendo esta solución muy próxima a la *mancipatio fiduciae causa*, de la *fiducia* romana.

A juicio de GOMEZ BUENDIA⁶², se plantean dudas sobre si el *pacto de vendendo* que podía incluirse en el *pactum fiduciae* constituía la manifestación de una *lex commissoria* en la *fiducia*. En primer lugar, deber tenerse en cuenta que este pacto que facultaba a la venta de la cosa, era en un principio consensuado en el propio *pactum*

⁵⁷FUENTESECA DEGENEFTE, C. Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón. Revista de derecho privado. Enero de 1998. (páginas 47 y 48).

⁵⁸RODRIGUEZ ENNES, L.; y DAZA MARTINEZ, J. Instituciones de Derecho privado romano. Editorial Tirant Lo Blanch. 2009. Otra edición anterior de 1997. (página 464).

⁵⁹GOMEZ BUENDIA, M.C. "La fiducia...". (Nota anterior, pag 169).

⁶⁰FUENTESECA DEGENEFTE, C. "El negocio fiduciario. Tribunal Supremo". Editorial Bosch. Barcelona 1997. (página 231).

⁶¹ARESPACOHAGA, J. El Trust, la fiducia y figuras afines. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2000. (páginas 18 y siguientes.).

⁶²GOMEZ BUENDIA, M.C., "La fiducia...". (Op. Cit. nota anterior, páginas 169 y 170).

fiduciae y en ocasiones, incluso podía modularse incluyendo en el mismo las condiciones de la venta, como ya se apuntó en el análisis del *pactum fiduciae*, cuya manifestación más clara la encontramos ya en el texto de la *Formula Baetica*. Asimismo, el fiduciario al vender debía cobrarse con el precio obtenido y devolver el *superfluum* al fiduciante. Otro aspecto que debería ser tomado en consideración, es que una venta a bajo precio podía ser censurada mediante la *actio fiduciae*, como una infracción de la buena fe, y por tanto nos encontraríamos ante un mecanismo que permitiría el control de la venta.

En definitiva, como hemos expuesto, la regulación era detallada y preveía todo tipo de alternativas, que el genio jurídico de Roma había resuelto de forma magistral con equilibrio de intereses y la forma de correspondencia más justa. La fiducia, así concebida, se aplicaba en todos los campos del derecho, no solo en el de las obligaciones y contratos, sino también en el de los patrimonios, la familia y sobre todo en el ámbito sucesorio, como hemos visto, que es el que nos ocupa como objeto de esta tesis.

4.-LA MODALIZACIÓN DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES. COLOFON FINAL EN LA EPOCA CLASICA Y POSTCLASICA DE LA FIDUCIA: LA FIDUCIA SUCESORIA.

Siguiendo a CAMARA LAPUENTE⁶³, se produce en el Derecho romano una evolución desde la aplicación de la fiducia en la *familiae emptor* a la posterior de la última fase de la época clásica y la postclásica de la aplicación en el fideicomiso. En la época arcaica existían dos formas de testamento, el *calatis testatis* hecho ante los comicios, de forma pública, y otro más urgente, que era el testamento *in procintu*, realizado por los soldados antes de entrar en batalla; eran formales y por lo tanto incómodos⁶⁴, por lo que la *mancipatio* adquirió una importancia supina, dado la facilidad de realización y la economía de tiempo; y surge como forma negocial el testamento *per aes et libram* al cual nos hemos referido anteriormente. Se recoge en las Instituciones de GAYO⁶⁵, por la que el que no había hecho testamento y se encontraba próximo a la muerte, hacía *mancipatio nummo uno* de su patrimonio a un amigo de confianza a los efectos de que este designase su sucesor en derechos y obligaciones, y

⁶³CAMARA LAPUENTE, S. La fiducia Sucesoria secreta. Editorial Dykinson 1996. ISBN 84-8155-164-3 (Pag. 51 y s.s.)

⁶⁴BIONDI, Biondo. Sucesión testamentaria y donación. 2ª edición Bosch. Traducción de Fairén. Barcelona 1960 (pag 41 y siguientes)

⁶⁵GAYO. Instituciones (2-102 y 103).

con el ruego de disponer de acuerdo con las instrucciones reservadas hechas en vida. Esto, evidentemente era una forma de fiducia; el adquirente no era un heredero, ya que la *mancipatio* no era medio apto para hacerse heredero y además en aquel tiempo no se conocía en los términos de la época postclásica la institución de heredero; pero cumplía perfectamente el papel de la institución ya que el *familiae emptor* ocupaba el lugar del heredero, e incluso a veces esta clase de “comprador” llegaba a ser el heredero. En consecuencia, era una figura intermediaria entre el testador y el heredero o herederos, y por lo tanto un heredero de confianza o un fiduciario, lo que supone el autentico antecedente de la figura que estudiamos, aunque más cercana a una herencia de confianza.

El testador transmitía todo su patrimonio al intermediario o persona de confianza, y la transmisión era auténtica, pero la doctrina romanista se divide entre los que como BIONDI⁶⁶ entienden que no había sucesión en créditos y deudas y los que como TORRENT RUIZ⁶⁷ creen que también se ha planteado anteriormente la cuestión de si las instrucciones (reservadas o no) podían contener legados o sólo fideicomisos, lo que resulta de la transformación de la figura de la *mancipatio familiae* en el auténtico testamento con institución de herederos. Y es que como ha puesto de relieve BIONDI, la *mancipatio familiae* carecía de institución de heredero, por lo que no tenía la consideración jurídica de testamento, y sin embargo su estructura bilateral y sus efectos traditorios hacían que fuese un vehículo hábil para la sucesión; para CAMARA LAPUENTE⁶⁸ cobra especial importancia la intención de las partes en la finalidad del negocio, que es la del testamento y no la de la venta. Así pues, a pesar de no ser un testamento en sentido estricto, nos encontramos ante un acto de transmisión *mortis causa*.

IGLESIAS⁶⁹ indica que la transformación de la *mancipatio* en testamento se fue operando por la interpretación jurisprudencial que hizo evolucionar el texto de las Doce Tablas, de forma que a través de la *nuncupatio* se llegó a las formas testamentarias. Estas se fueron realizando en un solo acto de manera que se iban uniendo las

⁶⁶BIONDI, B. Sucesión testamentaria y donación. 2ª edición Bosch. Traducción de Fairén. Barcelona 1960 (pag. 41 y siguientes)

⁶⁷TORRENT RUIZ, A. “Manual de Derecho privado romano”. Op. Cit. Siguiendo a ALBANESE, entiende que se producía una autentica sucesión en toda la *familiae*, pero habida cuenta de que en la *mancipatio familiae* existían muchas *res nec Mancipi* que por lo tanto precisaban de la tradicio para su adquisición (a diferencia de las *res Mancipi* que no precisaban de tal fórmula). (pag.639 y s.s.).

⁶⁸CAMARA LAPUENTE, S. La fiducia Sucesoria secreta. Op. Cit. (Pag. 52 y 53)

⁶⁹IGLESIAS, J. Derecho Romano. Curso. (Op. citada en nota anterior, páginas 341 y s.s. y página 674).

actuaciones temporales para evitar que hubiese por una parte una enajenación irrevocable *inter vivos* y por otra una disposición por causa de muerte sin efecto civil. De esta forma la *mancipatio* va tomando las características del testamento, es revocable y supone una transmisión de créditos y deudas globalmente.

En conclusión, la *familiae emptor* es un auténtico antecedente de la fiducia en el ámbito sucesorio, y de toda la familia de figuras que se diversifican desde esta, tales como la herencia de confianza, los fideicomisos, sustituciones fideicomisarias, fideicomisos de residuo y la fiducia o facultad o delegación de mejoras, instituciones de herederos así como distribución de la herencia.

TORRENT RUIZ⁷⁰ entiende que se produjo una derivación desde el *familiae emptor* hasta el fideicomiso; y es que las analogías entre la *mancipatio familiae* y los fideicomisos son evidentes, no sólo desde sus orígenes sino también en su esencia, ya que el heredero de confianza o el fiduciario, recibe los bienes con la única finalidad de transmitirlos al auténtico heredero destinatario conforma las instrucciones del causante; se trata del cumplimiento de un encargo de confianza, lo que lo equipara con la sustitución fideicomisaria. Y hemos expuesto la tendencia de D'ORS⁷¹ para el que son semejantes a los elementos de la *fiducia cum amico*, de forma que la institución de la fiducia es un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* a una persona llamada fiduciario, con fines de garantía, depósito o mandato. De forma que aplicado al ámbito del Derecho de sucesiones, nos encontramos con una derivación de las formas testamentarias. Era una forma de confiar las cosas propias a un tercero, para ponerlos en seguro, y la resolución definitiva dependía exclusivamente de la voluntad del disponente.

Así lo recoge CAMARA LAPUENTE⁷². D'ORS interpreta la doctrina de SOHM⁷³,

⁷⁰TORRENT RUIZ, A. "Manual de derecho privado romano". (nota anterior en pag. 640 y 641).

⁷¹D'ORS, A. Derecho privado romano. 8ª edición revisada. EUNSA. Pamplona 1991. (pag 518 y siguientes).

⁷²CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (Nota anterior, en pag. 51 y s.s.). En palabras de CAMARA LAPUENTE, la *fides* constituye el tronco común de la fiducia (*cum creditore* y *cum amico*) y de los fideicomisos. Mientras que la primera es procedente de un negocio *inter vivos*, la segunda responde a los negocios *mortis causa*. No responden a las mismas reglas, aunque participan de los mismos principios. En el negocio *inter vivos* no se prevé una *remancipatio*, por lo que la posición del transmitente, como hemos sostenido anteriormente, es endeble y está muy desprotegido. CAMARA LAPUENTE, además, recoge la interpretación que D'ORS hace de la doctrina de SOHN en nota siguiente.

⁷³D'ORS, A. Elementos de Derecho privado romano. 3ª edición enteramente reformada. EUNSA. Pamplona 1992 (pag. 90 y s.s.). Se trata de sendos *libri singularem de tacitis fideicommissis*, escritos por Gayo, en el siglo II, y por PAULO en la centuria siguiente, en los que cabe suponer que se desarrollaba el régimen legal de la institución y su interpretación jurisprudencial. Por desgracia, los fragmentos conservados son muy breves y mutilados, pese a lo cual permiten describir con seguridad la evolución

para quien la verdadera fiducia tiene una cláusula de mancipación ambigua, a diferencia del testamento mancipatorio en que esa cláusula es expresa, precisa y concreta. De esta forma, la fiducia generaba acciones contra actos en perjuicio de la buena fe, mientras que la *nuncupatio* produce acciones auténticamente jurídicas y eficaces por sí mismas.

En las épocas siguientes, los fideicomisos ordinarios y también los secretos, ocuparon un lugar preeminente en la labor de los jurisconsultos romanos. Su empleo fue frecuentísimo, a juzgar por la atención que les prestaron tanto la jurisprudencia (numerosos fragmentos del Digesto), las disposiciones legales (de Trajano, Antonino Pío, senadoconsulto Planciano, etc.) y los juristas clásicos, en comentarios e incluso en obras monográficas. CAMARA LAPUENTE⁷⁴, respecto de los fideicomisos secretos, señala que han llegado fragmentos de dos monografías sobre el fideicomiso secreto o *tacitum fideicommissum*. DÓRS⁷⁵ recoge las consideraciones de los clásicos en esta materia.

Otro hecho que fomentó la utilización de la fiducia como forma testamentaria, fueron las Leyes Caducarias. (IGLESIAS⁷⁶)

de los fideicomisos tácitos hasta la época de Antonino Pío. Posteriormente, en la época de Adriano, se ocupó de ello Salvio JULIANO en el libro 83 de los *Digesta*; durante el período de los Antoninos, GAYO, aparte de su monografía, en el libro 15 de sus comentarios *Ad legem Juliam et Papia*, y Ulpio MARCELO en su *Liber singularis responsorum*. En la edad severiana son sustanciales, amén de una constitución de Alejandro Severo del 212, los textos de PAPINIANO en los libros 15 y 37 de las *Quaestiones* y en los libros 9 y 14 de sus *Responsa*; PAULO en *De usuri*, en los libros 9 y 21 de sus *Quaestiones* y en libro 7 *Ad legem Juliam et Papiam*; CALISTRATO en la ley 87 del libro tercero del *De jure fisci*; MODESTINO en el libro 9 de las *Pandectae* y en su *liber singularis de manumissionibus*. También ULPIANO dedica un pasaje a los fideicomisos secretos en sus *Regulae*. Entre las fuentes literarias es interesante un pasaje de las *Institutionis oratoriae* de QUINTILIANO en el que narra su intervención como orador forense en un caso de institución confidencial en favor de una viuda. Pero la cuestión que preocupaba principalmente a los juristas y al legislador era la fijación de criterios para establecer cuándo se cometía fraude a la ley a través de los fideicomisos secretos, puesto que la fiducia romana era ya en sí una forma de evitar la titularidad de las personas en determinados bienes, y esos fideicomisos eran frecuentemente empleados para favorecer a incapaces de recibir por las leyes caducarias o por otras disposiciones legales.

⁷⁴CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior, en pag. 57 y s.s.).

⁷⁵DÓRS, A. Elementos de Derecho privado romano. 3ª edición enteramente reformada. EUNSA. Pamplona 1992 (pag. 90 y s.s.).

⁷⁶IGLESIAS, J. Derecho romano. Curso. “Historia e Instituciones”. Editorial Ariel. Barcelona 2000. “Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado”. Ediciones Ariel 1965. En Derecho Romano se denominan Leyes Caducarias, a la “Lex Julia de maritandis ordinibus” y la “Lex Papia Poppaea”, cuyo objeto fue favorecer los matrimonios y contener la inmoralidad que amenazaba a Roma. Dicha tutela del favorecimiento de los matrimonios, llamada también “perpetua”, se aplicaba a las mujeres púberes que no se hallaban bajo patria potestad o en *manus*, quedando excluidas las vestales o doncellas romanas consagradas a la diosa Vesta. Los jurisconsultos clásicos, en sustento de tal tutela, dieron como razón la ligereza de espíritu de las mujeres y su grande ignorancia en los negocios públicos. Pero todo parece indicar que la explicación verdadera era muy distinta, no otra que la de mantener el patrimonio de la mujer dentro de la familia agnaticia, porque si la mujer contraía nupcias su patrimonio pasaba a otra familia, lo cual se buscó evitar con la institución de esta tutela especial. La tutela en comentario se parecía

Como con el tiempo la tutela especial fue perdiendo importancia, terminó por desaparecer definitivamente. Primero las leyes caducarias -*Julia de Adulteris* y *Papia Poppea*- establecieron que no quedarían sujetas a la tutela especial las mujeres ingenuas que tuvieran tres hijos, o las libertas con cuatro. Más tarde, durante el régimen del emperador Claudio, la denominada Ley Claudia determinó la supresión de la tutela legítima de los agnados. Posteriormente el derecho pretoriano señaló que si en la celebración de aquellos actos que en principio requerían la presencia del tutor, éste no concurría a prestar su consentimiento, entonces esa inasistencia podía suplirla el pretor; y por último, en tiempos del emperador Valentiniano II, se consagró la marginación de las mujeres de la tutela especial, fuera de establecerse que podían ser tutoras de sus hijos con la condición, eso sí, de renunciar a nuevas nupcias y a los beneficios del senado-consulta Velejano. En el año 410, bajo el reinado de Teodosio y Honorio, fue expedida constitución imperial que otorgó a todas las mujeres el *ius liberorum* a la manera de dispensa general de la tutela especial, la cual se suponía que todavía existía.

Sostiene CAMARA LAPUENTE⁷⁷ que el fideicomiso tácito es admitido en la época clásica, e incluso el secreto, que por su carácter, no es forzosamente fraudulento.

ARIAS RAMOS⁷⁸ recoge las tendencias de los clásicos por sus textos y resume las conclusiones. A partir esos testimonios pueden sintetizarse los elementos esenciales del fideicomiso tácito o secreto en Derecho romano:

mucho a la de los impúberes y por eso podía ser testamentaria, legítima y dativa. Empero, presentaba algunas particularidades, como las de que el marido podía ser nombrado tutor de su mujer; el marido podía dejar en libertad a su mujer para que escogiera tutor; y podían ser designados tutores los impúberes y también los dementes, dilapidadores y furiosos, ya que sólo se trataba de un mecanismo artificioso para mantener el patrimonio de la pupila dentro de la familia agnaticia. En referida tutela especial, por lo demás, la situación de la mujer distaba mucho de ser semejante a la del impúber en tutela general, ya que la mujer contaba con la facultad de administrar sus bienes y la participación del tutor únicamente se hacía a través de la interposición de autoridad (*auctoritas tutoris*), la que sólo debía surtirse en aquellos actos sometidos a solemnidades, tales como la *mancipatio* y la *in iure cessio*; la fiducia testamentaria; la celebración del matrimonio *cum manus*; la comparecencia en juicio; la constitución de la dote; y la aceptación de herencia. (página 660, y 674 y siguientes).

⁷⁷CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (pag 58y s.s.). "el fideicomiso secreto no es necesariamente fraudulento. Antes que nada conviene disipar un error bastante difundido, especialmente entre la doctrina civilista moderna. El fideicomiso secreto o *tacitum* era perfectamente válido y permitido por el Derecho de la época clásica. Fideicomiso secreto, en el Derecho romano, no equivale a fideicomiso fraudulento en favor de incapaces. Los encargos reservados encomendados al heredero o legatario no se reputaban ilícitos ni fueron perseguidos ni sancionados en ningún momento. Tan sólo cuando la *rogatio secreta* se encaminaba a soslayar la falta *detestamenti factio pasiva* del fideicomisario se producía un fraude a la ley y el fideicomiso secreto era ilícito. La combinación de secreto e *incapacitas* era lo reprobado. Ese fin fraudulento fue el que mantuvo en jaque al legislador durante bastante tiempo y fue la vertiente del fideicomiso secreto que atrajo la atención de los juristas; lo cual no significa que el testador no pudiese ocultar el nombre del fideicomisario u otros extremos, cuando éste fuese perfectamente capaz de recibir los bienes hereditarios. Al no existir fraude, el Derecho nada nocivo encontraba en tal mecanismo".

1.- Persona del fiduciario, a quien se nombra heredero o legatario en contemplación de otra persona, el fideicomisario o beneficiario auténtico. El fiduciario ejerce, por tanto, una función de intermediario de la transmisión. Su institución puede ser voluntaria o legal.

2.-Encargo secreto o *rogatio*: contenido de la última voluntad que sólo el fiduciario conoce. Consiste en la ocultación de la identidad del fideicomisario y, conjunta o alternativamente, de la naturaleza y entidad del objeto de la liberalidad.

3.-Comunicación informal (oral o documento quirografario) y extratestamentaria de las instrucciones del fideicomiso.

4.-Compromiso del fiduciario de cumplirlo, en cuya lealtad (*fides*) se basa el causante para la transmisión de los bienes.

Las sanciones legales contra los fideicomisos secretos fraudulentos desde el senadoconsulto Pegasiano, como hemos analizado anteriormente, fueron numerosas. Los fideicomisos sirvieron durante mucho tiempo y prácticamente desde su origen, para eludir las leyes sobre incapacidades, que imperaban para los legados e instituciones civiles de heredero, en un equilibrio entre estas prohibiciones y la bendición legal de su elusión. Esto se evitó finalmente por la reacción legislativa que representó el senadoconsulto Pegasiano, en tiempo de Vespasiano, que no sólo realizó las innovaciones mencionadas antes, sino que además extendió la incapacidad de *caelibes* y *orbi* al beneficio por fideicomiso, como ya sucedía para legados y herencia. La ofensiva contra esos abusos fraudulentos prosiguió bajo la égida de Aelio Adriano, pues el Senado decretó la nulidad del fideicomiso dejado a los *peregrini* y a las *incertae personae*.

⁷⁸ARIAS RAMOS, J. Fideicomisos y Leyes Caducarias. Revista de Derecho Privado. 1940. (pag 43 y s.s.). Recoge las tendencias de los clásicos por sus textos y resume las conclusiones siguientes: ; CALISTRATO, entiende que no existe fraude a la ley simplemente por no expresar el testador en su testamento la identidad del auténtico beneficiario de los bienes ni el contenido del encargo, comunicado al margen del testamento a los herederos fiduciarios designados en el mismo. Aquí aparece claro que fraude y secreto no van necesariamente emparejados; sólo cuando ambos concurren el "fideicomiso tácito" es fraudulento. También insiste en el carácter fraudulento como requisito de la ineficacia MARCELO, quien pone especial énfasis en el compromiso del fiduciario: El texto que con mayor nitidez pone de relieve la frecuencia y licitud de los fideicomisos secretos, no indefectiblemente fraudulentos, acaso sea de PAPINIANO, quien explica que cuando se da un fideicomiso tácito a cargo del que aparece como heredero en un primero y en un segundo testamento, en la misma parte o en una mayor en el segundo, la prueba del cambio de última voluntad incumbe al demandado, y concluye como fundamento, sin cuestionarse siquiera que tales fideicomisos puedan ser ilegales: << "(...) ya que por razón del secreto aceptado suelen los testadores instituir herederos a aquellos a los que confiaron sus encargos" (D. 22.2.3) >>

De esta forma, el fideicomiso se vio constreñido y, en cierto modo, “domesticado”, pues no servía para algunas de sus primitivas finalidades al ser reconducido a la legalidad. Pero la costumbre inquieta que creó de la nada esa institución, fue creando un nuevo medio indirecto para satisfacer los deseos que el Estado marginaba de la ley. Al extenderse a los fideicomisos la legislación caducaria, se intentó defraudarla mediante fideicomisos secretos. El encargo fiduciario tenía lugar fuera del escenario público del testamento y se realizaba reservadamente. La situación, según COSTA⁷⁹, quedó en utilización del fideicomiso secreto, basado en la confianza, frente al público que estaba avalado por el poder.

La resistencia a la legislación caducaria a través de fideicomisos encontró en el citado senadoconsulto un primer obstáculo que, sin embargo, podía burlarse fácilmente a través de los fideicomisos secretos. Quizás, como estima ARIAS RAMOS⁸⁰, los derechos de los interesados en la herencia que pudiesen ejercitar el *ius caduca vindicandi* cuando el fideicomisario fuese incapaz no sería siempre empresa fácil, puesto que éstos podrían emplear el medio procesal para determinar, como diligencia preparatoria de la *vindicatio caduca*, la persona del fiduciario; el interés personal garantizaría muchas veces la observancia del senadoconsulto. Quizás el fraude pudiese evitarse así en alguna ocasión; pero lo cierto es que la disposición del senadoconsulto pegasiano no consiguió frenar el empleo de fideicomisos secretos como *instrumentum fraudis*, según resulta demostrado por la promulgación de ulteriores disposiciones legales para evitarlo.

El beneficio de Trajano, concedía por tanto una doble posibilidad: por una parte, si el fideicomisario incapaz que ya está en posesión de los bienes caducos se denunciaba a sí mismo podía retener la mitad de los mismos en concepto de premio; por otra parte, si

⁷⁹COSTA, J. Orígenes romanos de la herencia de confianza. (página). Recoge este autor: "enfrente del fideicomiso público, autorizado y garantido por el poder, se desarrolló el fideicomiso secreto, '*tacitum fideicommissum*', confiado otra vez, como en los orígenes de la institución, a la exclusiva fe del heredero o legatario a quien se encargaba la restitución".

⁸⁰ARIAS RAMOS, J. "Fideicomisos..." (Op. Cit. En nota anterior, pag. 43 y s.s.). Recoge este autor que en la época de Trajano, se entendió que podría atajar esta práctica nociva incentivando su erradicación a través de los propios fideicomisarios incapaces: promoviendo la autodelación premiada. Esta medida, conocida con el nombre de *beneficium Traiani*, consistía en lo siguiente, según explica PAULO D. 49.14.13, << "En el edicto, que he citado, de Trajano, emperador de consagrada memoria, se dice que el que antes de ser delatada su situación al erario declara que no está en condiciones legales de adquirir lo que posee, debe pagar al fisco <sólo> una mitad y retener él otra. En el edicto declara después el mismo Trajano que <el> que declaró que se le había dejado en un fideicomiso expreso o tácito lo que él no está en condiciones legales de adquirir y probara <también> que eso pertenecía al fisco, aunque no lo poseyera, se queda con la mitad de lo ya recaudado por los prefectos del erario. Lo mismo da la causa por la que se prohíba la adquisición >>".

dicho beneficiario aún no poseía los bienes, su autodenuncia le valía obtener la mitad de los ya recaudados por los prefectos del erario. Hacia el final de ese fragmento, Paulo señala que es indiferente la causa de incapacidad, lo cual tiene gran trascendencia para constatar la vigencia de este edicto incluso con posterioridad a la decadencia de las leyes Caducarias de Augusto, que motivaron su promulgación. El ilustrador del Edicto sigue dando noticia de medidas posteriores que trataron de hacer efectiva la disposición; en concreto, refiere una de Antonino Caracalla, por la cual, si los fiduciarios encargados de un fideicomiso secreto lo hubiesen notificado antes de abrirse el testamento y después de abrirse lo hubiera delatado el fideicomisario, la declaración de éste habría de admitirse, pues no era digna de premio tan excesiva precipitación del fiduciario, y cuando uno notifica no cumplir los requisitos legales para adquirir más parece hacer una declaración sobre su propio derecho que delatar a alguien. De esta forma, Caracalla daba primacía al descubrimiento del fraude por parte del fideicomisario, aunque fuese posterior al descubrimiento por el fiduciario; parece que la actitud “nerviosa” del fiduciario refleja escaso respeto a la *fides*, pese a responder a los fines del Erario o Fisco y, por otra parte, esta solución concede cierta eficacia a la voluntad real del testador, quien quería como beneficiario al incapaz, más que a su fiduciario, simple intermediario. Por medio de un rescripto de Antonino Pío, se otorgó al Fisco la cuarta parte de la liberalidad, sustraída al fiduciario en virtud del senadoconsulto Planciano. Sin embargo, la indignidad del fiduciario no determinaba por sí misma, *ipso iure*, la entrega de los bienes al Fisco, sino que éste adquiriría el derecho a la *ereptio*. A través de sus representantes o *procuratores*, entablaba el proceso de indignidad y ejercitaba la acción de *vindicatio*, incumbiéndole la carga de la prueba. Sólo tras ese proceso el Fisco consumaba la privación (*auferre*) de los bienes. Como con estas disposiciones se quería ir contra el fraude a la ley y no inopinadamente contra los fideicomisos secretos, la indignidad y sus consecuencias no tenían lugar cuando los fines del encargo secreto no eran fraudulentos. Por otra parte, el régimen cuando el causante pretendía hacer llegar bienes a un incapaz era diferente según se tratase de un fideicomiso explícito o de uno secreto. Según BIONDI⁸¹, en el primer caso, el fideicomiso se convertía en *caducum* y el heredero gravado con él conservaba la cuarta; en el segundo, era indigno el heredero por prestarse a actuar en fraude mediante el secreto, perdiendo la cuarta.

⁸¹BIONDI, B. Sucesión testamentaria y donación. 2ª edición Bosch. (Traducción del italiano por FAIRÉN). Barcelona 1969 (pag 295).

En definitiva, aparte de la sanción que impedía al fiduciario ejercitar el *ius caduca vindicandi*, las consecuencias del fideicomiso ineficaz son diversas según se considere el objeto y la persona: Si el heredero tiene el encargo de restituir la herencia, según las reglas generales resulta claro que podría restituir 3/4 al fideicomisario y retener la cuarta para sí. Pero en el caso del fideicomiso tácito fraudulento, los 3/4 destinados al *incapax* son caducos (y por tanto, pasan al Fisco por un título), en tanto que el cuarto restante cae bajo sanción de indignidad (y así va a parar al Fisco por otro título). Si el legatario tiene el encargo de restituir a un incapaz, no tiene derecho a percibir la cuarta Falcidia. Todo el legado debería, según la regla, adquirirse por el fideicomisario, pero como éste es incapaz, en su lugar lo adquiere el Fisco.

En cualquier caso, el fiduciario que cooperó en el fraude perderá todo lo que se hallaba sujeto al fideicomiso, pero no el resto de las liberalidades que el disponente hizo en su favor sin el encargo fideicomisario. Paulo incluso afirma que el fiduciario conserva el título de heredero, aunque vacío de contenido patrimonial ya que quien se prestaba a cumplir un fideicomiso en fraude de la ley se hacía heredero mediante la adición y no deja de serlo, aunque se quede sin aquello que con este fin se le dejó. Aduce este jurista que ya lleva bastante castigo por lo que perdió al obrar en contra de las leyes. Ahora bien, el castigo sería aun mayor, e incluso desmedido, si el título de heredero comportase, como sería normal, la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, pese a carecer de poder real y beneficio sobre los bienes. Por ello, la interpretación jurisprudencial entendió que cuando se han restituido al fisco, en virtud de un fideicomiso tácito todos los bienes de la herencia, no debe cargar el heredero con las deudas de la misma. Además, todas las cargas y gravámenes anejos a los bienes se transfieren al Fisco, que es quien obtiene el provecho⁸². Así, por ejemplo, éste debe cumplir las manumisiones ordenadas en el testamento y en el fideicomiso. Por último, en cuanto a los frutos, el fiduciario cooperador en el fraude debía restituirlos, puesto que no era poseedor de buena fe; sin embargo, Papiniano da noticia de que Septimio Severo sentenció benignamente, y así se siguió en la práctica, que sólo se debiesen los frutos de todos los bienes dejados en secreto por fideicomiso, pero no sus intereses, sin distinción de momentos. Este es el cuadro de sanciones establecido por el senadoconsulto Planciano (complementado por el rescripto de Antonino Pío); las circunstancias o

⁸²CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Op. Cit nota anterior, páginas 63 y siguientes).

requisitos que debían concurrir para su aplicación las compendia ARIAS RAMOS⁸³ así:

- a).-Otorgamiento del fideicomiso en forma tácita, es decir, designación del fideicomisario de manera oculta, quedando su identificación o determinación entre causante y fiduciario.
- b).-Que el fideicomisario así designado carezca del *ius capiendi*.
- c).-Colaboración dolosa del fiduciario.

En cuanto al primer requisito, ya hemos visto los dos conceptos de fideicomiso tácito, esto es, simplemente secreto o con fines fraudulentos. Sólo a este segundo supuesto se aplicaba el senadoconsulto Planciano. La doctrina moderna (CASTRESANA HERRERO⁸⁴) recopila la versión de ARIAS RAMOS⁸⁵ que ha interpretado que esta discrepancia entre los jurisconsultos no se dirigía a fijar el concepto de fideicomiso tácito, sino tan solo a ocultar el nombre del fideicomisario incapaz.

El resto de la evolución, la recoge CAMARA LAPUENTE⁸⁶, quien considera que en cuanto al otro requisito para aplicar las medidas del senadoconsulto Planciano, la falta de *ius capiendi* del fideicomisario oculto, el momento para determinar la existencia de la incapacidad era la apertura de la sucesión del causante. Presumiblemente, los afectados por la incapacidad tendrían el plazo de cien días, a partir de ese momento, concedido por la legislación caducaria para poder regularizar su situación. La importancia del momento que sirve para determinar la incapacidad se evidencia en dos casos: cuando el fideicomisario no reunía los requisitos legales para adquirir en el momento de disponerse el fideicomiso secreto, pero sí en el de la muerte del disponente o al revés. Para la jurisprudencia el momento determinante es la muerte del causante, no

⁸³ARIAS RAMOS, J. “Fideicomisos y leyes caducarias” (Op. cit nota anterior). Existe cierta polémica entre los jurisconsultos romanos, que en ocasiones se ha entendido como discrepancia respecto al concepto de los fideicomisos tácitos. Se trata de la opinión de JULIANO y CALISTRATO, frente a la de PAULO y MARCELO. Para los primeros existiría fideicomiso tácito cuando el encargo no se hubiese formulado en el testamento, sino en quirógrafo o mediante prevención oral privada; es decir, si el ruego se hizo en testamento, aunque no se conozca por él la identidad del beneficiario, no existiría fideicomiso tácito. En cambio, la otra tendencia jurisprudencial, encabezada por PAULO y MARCELO, radicaba el factor diferencial en que la persona del fideicomisario se determinase o no en la *rogatio*, cualquiera que fuese el acto o documento en que se contuviese; si el nombre del fideicomisario quedaba oculto, existía fideicomiso tácito (páginas 44 y siguientes).

⁸⁴CASTRESANA HERRERO, A. Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el período republicano. En obra "homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo". Madrid, 1988. Título VI pag. 46-61.

⁸⁵ARIAS RAMOS, J. “Fideicomisos y...” (Op. Cit. páginas 46 y siguientes). <<cómo había de determinarse, o cuándo había de suponerse que hubo colaboración del fiduciario en la ocultación del nombre del fideicomisario incapaz; para PAULO y MARCELO esta complicidad se presume siempre que las palabras empleadas en la súplica por el causante no se puede colegir quién es el fideicomisario; para JULIANO y CALISTRATO esa colaboración fraudulenta del fiduciario solo puede afirmarse cuando el ruego se produce, al margen del testamento en documento quirografario o comunicación oral>>.

⁸⁶CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior, páginas 58 y siguientes).

el tiempo en que se hizo la disposición. Por tanto, se atiende al resultado (*exitus*), no a la intención. Aunque el constituyente del fideicomiso secreto pretendiese beneficiar a un incapaz, la *capacitas* sobrevenida elimina las sanciones por fraude a la ley. En sentido inverso, si alguien debiera restituir por fideicomiso algo a quien no tenía prohibición legal para adquirir por testamento, pero sí la tenía en el momento de la muerte del testador, aunque falle el fideicomiso, debe quedar éste en provecho del fiduciario, pues no hubo fraude alguno por su parte; a no ser que se hubiera comprometido incluso para el evento futuro, es decir, obligándose a restituir aunque el fideicomisario llegara a quedar impedido legalmente de adquirir nada por testamento.

Esta última solución es índice de la actitud jurisprudencial, que procuró siempre el *favor voluntatis*. Su interpretación, como en toda la materia de los fideicomisos, siempre fue benigna hacia esta forma de disposición. Además del ejemplo del hijo y el esclavo, ya vimos cómo entendió que el resto de las disposiciones testamentarias tenían validez pese a la constitución de un fideicomiso secreto fraudulento. Incluso resolvió que si la cuantía de la institución era mayor que la afectada por el fraude, el heredero podía retener la cuarta Pegasina en el excedente, pese a que el senadoconsulto impide que se valga del beneficio del senadoconsulto Pegasiano en la parte que cometió fraude. Y también que podía retener el heredero fiduciario un fundo íntegro para evitar su indivisión, aunque sobre el predio pesase un fideicomiso secreto de restitución a un incapaz.

En los casos en que se producía ese fraude, la norma del senadoconsulto resolvía con claridad meridiana, ofreciendo el tenor del rescripto de Antonino Pío, y resolvía que el fideicomisario percibiría sólo la mitad de los 3/4 afectado por la legislación caducaria; sobre el otro cuarto no obtendría ningún beneficio, puesto que pasaría íntegramente al Fisco, como sanción por la indignidad del fiduciario.

CAMARA LAPUENTE⁸⁷, entiende que el gran problema de la prueba del contenido de un encargo confidencial, fue tenido en cuenta por los juristas clásicos. Por ejemplo, recoge este autor que CALISTRATO señala que "los fideicomisos tácitos se descubren muchas veces de este modo: cuando se presenta un documento por el que el fiduciario hubiera asegurado restituir a alguien lo que llegó a adquirir de los bienes del difunto; pero lo mismo sucede también mediante otras pruebas muy evidentes. Lo más importante de estas afirmaciones no es la constatación del valor probatorio que tiene el

⁸⁷CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta. (Nota anterior, pag. 63 y siguientes).

compromiso documentado del fiduciario, sino la amplitud de otros medios extratestamentarios que son válidos para demostrar cuál era la voluntad del causante.

Otras normas posteriores a las citadas, especialmente en la época de Adriano, pudieron quizás afectar al fideicomiso secreto, aunque no existe certeza sobre su alcance y contenido. En cualquier caso, el régimen clásico, que pasó al Derecho justinianeo, sirvió de modelo indiscutible a la legislación castellana influida por la recepción romano-canónica; así, las Partidas copiarán el castigo de otorgar al Fisco los bienes en caso complicidad fraudulenta en los fideicomisos secretos y aprobarán igualmente los términos del beneficio de Trajano. Curiosamente, la mayoría de los glosadores, comentaristas y prácticos del *ius comune* no tomarán pie en los citados fragmentos del Digesto para construir su teoría sobre la fiducia sucesoria secreta, sino que se basarán casi unánimemente en un texto de dicho cuerpo legal (jurisprudencia) referente al testamento *per relationem*, que analizaremos tras concluir el examen de los fideicomisos. Como consecuencia de la teoría romana de la fiducia que deriva en el fideicomiso ordinario o designado por la doctrina como “puro”, existieron en Roma otras formas de fideicomisos, derivadas de aquél. Solo con carácter enunciativo por importar y ser antecedentes de la institución en estudio, los vamos a sintetizar, para dibujar como queda el panorama al final de la época romana del derecho.

1. Fideicomiso universal y fideicomiso singular. El fideicomiso singular encomienda la transmisión de bienes concretos, mientras que el universal o fideicomiso de herencia consiste en la herencia entera o en una cuota de la misma. Siguiendo a D'ORS⁸⁸: “esta forma producía los mismos efectos prácticos de una sustitución de heredero, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer incluso a favor de personas que todavía no existen”. Estos *fideicommissa hereditatis* son tan antiguos como el fideicomiso mismo. Ya examinamos los mecanismos de transmisión entre el fiduciario y el fideicomisario así como su desenvolvimiento histórico, por lo que no nos detendremos más en ello.

2. El fideicomiso de residuo. Siguiendo a DE DIEGO⁸⁹, es otra modalidad de fideicomiso en la que el Derecho romano permitía que el testador ordenase al fiduciario que restituyera tan sólo los bienes relictos que quedasen al tiempo de la muerte de éste

⁸⁸D'ORS, A. “Elementos de...” (páginas 92 y siguientes).

⁸⁹DE DIEGO GUTIERREZ, F. C. El fideicomiso de residuo. RCDI (II).1926 (pag 824 y siguientes). También en “El fideicomiso de *eo quod supererit*” en Derecho romano”. (Discurso de inauguración del curso académico de la Universidad Central de Madrid. año 1926).

("aliquid supererit". Por tanto, el fiduciario, a su muerte, sólo deberá entregar los bienes que queden, debiendo quedar alguno después de su uso con buena fe. Esta variedad fideicomisaria discrepaba en la menor extensión objetiva del mandato y obligación de la restitución. Su diferencia esencial con el resto de los fideicomisos radica en el diferente objeto de restitución ("lo que quede") y en la antítesis que a consecuencia de ello surge entre conservar y restituir. La figura descrita es el fideicomiso de "*eo quod supererit*", única modalidad de residuo en el derecho clásico, pues el fideicomiso "*si quid supererit*" (si quedara algo) es post-clásico, surgido a partir de la Novela 108 (cap. 1º) de JUSTINIANO.

3. La sustitución fideicomisaria. Es una fiducia con encargo, o mejor aún, un fideicomiso hecho en provecho de varias personas sucesivamente. Esta es su principal diferencia con el fideicomiso, en el cual el encargo beneficia a una o a varias personas, pero simultáneamente y la restitución por el fiduciario debe ser inmediata, justo después de haber aceptado la herencia, a no ser que hubiera un término fijado expresa o implícitamente -que no puede ser la muerte del fiduciario-. En cambio, en la sustitución fideicomisaria existe una múltiple delación sucesiva, por la que el testador dispone los bienes en favor de una persona (fiduciario) con obligación de conservar y transmitir a su muerte o llegado el término a otra persona (fideicomisario) a favor de la cual también dispone el testador esos mismos bienes una vez que el fiduciario los ha disfrutado. Este segundo heredero puede a su vez tener el encargo fideicomisario de transmitir los bienes a su muerte a otra persona, y así sucesivamente, con lo que el testador fija un orden de llamamiento que deroga el orden general sucesorio. Esos llamamientos sucesivos están suspendidos por una condición o término, que generalmente es el día de la muerte del adquirente anterior. La sustitución fideicomisaria podía referirse tanto a legados como a fideicomisos. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo I produjo efectos propios de herencia y no de legado, a pesar de seguir regulada en parte por el régimen de éstos⁹⁰. El término "sustitución fideicomisaria", recuerda IGLESIAS⁹¹, no fue empleado por los romanos. La "*substitutio*" en Roma sigue diciendo, supone la entrada de un heredero (en el caso del fideicomiso de herencia) en el lugar que no llegó a ocupar por distintas razones el instituido. Por ello, en la sustitución vulgar se sucede "en lugar

⁹⁰BIONDI, B. "Sucesión testamentaria y donación". (Op. Cit. nota anterior, página 41 y siguientes).

⁹¹IGLESIAS, J. Derecho romano en la parte sobre "fideicomisos y sustituciones fideicomisarias". Editorial R.J.C. (LVIII), 1949; "Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado". Ediciones Ariel. Barcelona 1965. (página 674 referido al fideicomiso de familia, y la 673 referido a las sustitución fideicomisaria).

de” y no “después de”. "En cambio, hay herencia sucesiva, bajo un sello de singular característica, en la sustitución fideicomisaria, para lo cual los romanos no emplean *substituere* o *substitutio*.

CAMARA LAPUENTE⁹² recoge la opinión de MARIN MONROY⁹³, en el sentido de que el origen de esta institución es obviamente posterior al fideicomiso, del que deriva, está en la decisión del senadoconsulto Pegasiano, consistente en que podía detraer el fiduciario la cuarta, pues en ese momento existían dos herederos —también el fideicomisario— y no sólo uno —el fiduciario—, antes y después de la entrega. Concluye aquel autor en que “la sustitución fideicomisaria podía ser condicional, y una de las condiciones podía ser “*si sine liberis decesserit*” que supuso un importante instrumento a lo largo de la historia para hacer permanecer los bienes en la familia”.

4. El fideicomiso de familia. Tuvo su utilización en los siglos II y III d. C. como predestinación o vinculación de un patrimonio o de un bien generalmente inmueble a favor de beneficiarios de sucesivas generaciones dentro de una misma familia (IGLESIAS⁹⁴). El ruego al heredero de restituir a su muerte se salvaguardaba férreamente en la mayoría de los casos con cláusulas en las que se prohibía la enajenación de ciertos bienes, especialmente inmuebles. Esta prohibición era la esencia del fideicomiso familiar. Pero había límites: podía llamarse sólo a la primera generación de los que aún no hubieran nacido al morir el fideicomitente. Justiniano primero suprimió esa traba pero finalmente se vio precisado a limitar los abusos de las prohibiciones perpetuas, restringiendo el máximo de la conservación de esos bienes a la cuarta generación (Nov. 159, cap. 2). Posteriormente, como veremos, la institución se propagó con facilidad durante la Edad Media y la Moderna, debido al ambiente favorable del mundo germano y su concepción religiosa y familiar. Como sabemos, la paralización de propiedades en virtud de las instituciones de los mayorazgos y las vinculaciones perpetuas, generadoras de "manos muertas", produjeron una reacción legislativa radical que acabó con ellas.

5.-Fusión de legados y fideicomisos en el Derecho post-clásico. Regulación del fideicomiso oral por Justiniano. Desde la época clásica se comenzaron a trasvasar a la regulación de los fideicomisos normas exclusivas de los legados como la extensión de las prohibiciones de disponer respecto a algunas personas (incierto, célibes, etc.) o la

⁹²CAMARA LAPUENTE, S. La fiducia sucesoria secreta” Op. Cit. En páginas 61 y siguientes.

⁹³MARIN MONROY, A. Fideicomisos. Origen y evolución. (R.C.D.I.) III.1927. (pag. 725 y s.s.).

⁹⁴IGLESIAS, J. Derecho romano. Historia e Instituciones. 10ª edición revisada. Editorial Ariel Derecho. Barcelona 1990. (pag 341 y s.s.).

aplicación de la *lex Falcidia* respecto a la cuarta en los fideicomisos, como hemos visto. Sin embargo, en esta época pervivían aún claramente las diferencias⁹⁵ entre legados y fideicomisos, que pueden ser reconducidas, a juicio de CAMARA LAPUENTE⁹⁶ en cuatro grupos:

a-Por el sujeto gravado: el fideicomiso puede ser impuesto a todo el que recibe algo *mortis causa* del *de cuius*; no sólo al *heres* sino también a un legatario y a un donatario *mortis causa*. El legado precisa de institución de heredero para tener valor (GAYO 2.269).

b-Por la forma: numerosas son las diferencias, ya apuntadas, desde la posibilidad en el fideicomiso de emplear cualquier idioma hasta poder hacerse en codicilo incluso sin confirmar testamentariamente (GAYO), en forma oral, etc.; mientras que el legado está sujeto a estrictas reglas formales.

c-Por el contenido: cabe, por ejemplo, manumitir a un esclavo ajeno por fideicomiso aunque no directamente por legado; y otras manumisiones con el fin de hacer heredero a un esclavo, imposibles por legados.

d- Por la posición del beneficiario, que, en algunos fideicomisos está *heredis loco* y por tanto es responsable de las deudas hereditarias.

Las fuentes clásicas sobre la materia fueron modificadas en el Digesto aunque ello sólo supuso un pequeño desfiguramiento superficial y una confusión de las soluciones

⁹⁵Diferencias que GAYO enumera exhaustivamente en sus *Institutiones* 2, 268-287;

⁹⁶CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (Nota anterior, en páginas 76 y siguientes). Desde la época clásica se comenzaron a trasvasar a la regulación de los fideicomisos normas exclusivas de los legados como la extensión de las prohibiciones de disponer respecto a algunas personas (inciertas, célibes, etc.) o la aplicación de la *lex Falcidia* respecto a la cuarta en los fideicomisos, como hemos visto. Sin embargo, en esta época pervivían aún claramente las diferencias entre legados y fideicomisos, diferencias que GAYO enumera exhaustivamente en sus *Institutiones* 2, 268-287. A pesar del progresivo acercamiento, pervivieron a fines de la época clásica algunas diferencias de base como ciertas solemnidades propias del legado, contrastantes con la libertad en la ordenación del fideicomiso y la diferencia del procedimiento empleado para su efectividad, vía procesal ordinaria para el legado, *extraor*. Con el decaimiento de la vía procesal ordinaria, que quedó en desuso, tanto los legados como los fideicomisos se examinaron por el mismo procedimiento. Asimismo, se afianzó la costumbre de que los casos de legado nulo valieran como fideicomisos y se eliminó por Constantino el Grande el formalismo en el Derecho de legados (C. 6.37.21). Con ello desaparecieron las diferencias de base entre legados y fideicomiso por lo que la equiparación entre ambos pudo llevarse a cabo por Justiniano con facilidad. Como refieren JÓRS-KUNKEL, esa fusión se realizó mediante dos leyes. Una primera ley del año 529 (C. 6.43.1) dispuso que de todo legado o fideicomiso naciera una acción personal y otra real y que la primera se garantizase por una hipoteca legal sobre la herencia del fiduciario. Todas las formas de legado quedaron unificadas en un solo tipo, con los efectos del vindicatorio. El fideicomiso quedó equiparado al legado en los efectos respecto a tercero. La segunda ley es del año 531 (C. 6.43.2) y suprimió definitivamente todas las diferencias entre los legados y los fideicomisos. Dispuso que todas las disposiciones contenidas en los textos justinianos sobre legados se aplicasen a fideicomisos y viceversa. En caso de contradicción entre los preceptos respectivos se disponía aplicable, según esta ley, los establecidos para los fideicomisos, como derecho menos riguroso. Señalan JORS-KUNKEL, parafraseando a RICCOBONO, que "a partir de esta ley, pues, sólo queda una forma única de disposición singular *mortis causa*, en la que predominan los rasgos del fideicomiso clásico".

clásicas. La única diferencia subsistente entre legados y fideicomiso fue la disposición directa o indirecta según sus efectos. Se sanciona la licitud de los fideicomisos orales y todos aquellos desprovistos de forma (*nutu*). En efecto, según el tenor de la constitución, el causante puede imponer a su heredero legal o testamentario *ut vel hereditatem vel specialem fideicommissum restituat*, esto es, un fideicomiso universal o particular, que puede ordenarse *sine escriptura et praesentia testium*. El único requisito que parece exigir el texto es que el encargo debe ser comunicado directamente al heredero gravado; así cabe deducirlo de la posibilidad recogida en las *Institutiones* de que el heredero niegue el fideicomiso jurando *quod nihil tale a testadore audivit*. El término *audivit* ha sido normalmente interpretado en un sentido laxo que también permite la carta directa al fiduciario o la comunicación por mensajero. Por lo tanto, se declara jurídicamente obligatorio el fideicomiso ordenado al heredero sin ningún testigo; el gravado, para librarse de la obligación de restituir debía jurar, tras el previo *iusiurandum calumniae* del fideicomisario, que nada le había sido encomendado. Así pues, el Derecho justiniano menciona el juramento como medio de prueba para demostrar que el causante había encomendado tal encargo fiduciario; esto no significa que estén excluidas todas las demás pruebas con que los interesados pretendan demostrar el fideicomiso oral. Aunque algunos autores modernos llegan a esa conclusión con los argumentos de que Justiniano sólo habla del juramento y no de otros medios de prueba, así como que las expresiones de la constitución excluyen cualquier otra prueba, por lo que JORS-JUNKEL⁹⁷ comparte con LAMBROSINI la solución contraria. CAMARA LAPUENTE⁹⁸ saca la conclusión de que en el Derecho justiniano ya aparece como medio probatorio del fideicomiso oral, que por ende podía ser absolutamente secreto, si bien para este autor, el estudio se centra en el heredamiento secreto, por lo que interesa es la prueba de las

⁹⁷JORS-JUNKEL W. “Derecho Privado romano” (traducción de PRIETO CASTRO). Edición única de la editorial Labor. Barcelona, reimpresión de 1965 (pag. 504 y s.s.). Con base en los siguientes asertos: en primer lugar, sería absurdo porque la ejecución del fideicomiso quedaría siempre al arbitrio del fiduciario: bastaría que, incluso frente a pruebas claras (que no llegasen a cinco testigos), jurase en sentido negativo para que el fideicomiso se considerase como inexistente; mientras que Justiniano precisamente busca lo contrario. En segundo lugar, dado el carácter especial de estas disposiciones orales y secretas, la dificultad de prueba es notoria; por eso, consciente de tal dificultad, Justiniano favorece la prueba por juramento, que, por su propia naturaleza es de carácter complementario y excepcional. Sin expreso mandato legal no se comprendería que alguien que pretendiese tener cualquier derecho pudiese imponer a la otra parte la confirmación o negación con juramento de su pretensión, a falta de hechos o indicios que pudiesen al menos procurar algún fundamento. En tercer lugar, en la letra de la constitución existen precisamente expresiones que revelan la posibilidad de recurrir a otros medios de prueba además del juramento del fiduciario.

⁹⁸CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Op. cit). Parafraseando a LAMBROSINI (página 102-103).

instrucciones secretas y la importancia del juramento del fiduciario.

6.- las disposiciones *per relationem* y los codicilos confirmados. Los codicilos fueron simples escritos carentes de cualquier formalidad en los que el testador ordenaba su última voluntad. Si se refería a ellos en su testamento, y eran válidos, pues tomaban su fuerza del testamento. Esta forma de disponer se conocía con el nombre de testamento "*misticum*", (CAMARA LAPUENTE⁹⁹) y gozaron de amplia repercusión en el derecho intermedio bajo la designación de testamento o disposición *per relationem*. La jurisprudencia romana reconocía la validez de lo dispuesto en los codicilos confirmados en el testamento. Más aún, al valer la remisión a otro papel se entendía posible la remisión a la declaración de un tercero a quien se hubiese comunicado la última voluntad. En definitiva, nada se oponía a que incluso el codicilo fuese oral.

7.- El ejecutor testamentario. La doctrina más reiterada (ARIAS RAMOS¹⁰⁰), HERNANDEZ TEJERO¹⁰¹) entiende no existió en Derecho romano la figura del ejecutor como tal. Sin embargo, había alguna figura que garantizaba la ejecución pública y legal de cualquier acto dispositivo del testador ya que cada beneficiario tenía interés en su cumplimiento y el ordenamiento le procuraba los medios necesarios para satisfacer la voluntad del causante. Para CAMARA LAPUENTE¹⁰², el *de cuius*

⁹⁹CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Op. cit nota anterior, pag. 105). Recoge este autor que los juristas del Medievo y la Edad Moderna estimaron que era el antecedente de la fiducia sucesoria, y para Cámara Lapuente de la confianza sucesoria secreta; a mi juicio el autentico antecede de la fiducia sucesoria es el sistema romano de los fideicomisos. La *relatio* testamentaria a escritos o declaraciones informales estaba admitida sin ambages por la jurisprudencia romana. Este estado de cosas, sin embargo, se pudo ver alterado por una constitución de Constantino que estableció la necesaria presencia de cinco testigos para la confección de los codicilos *ab intestato*; y más tarde, por una constitución de Teodosio del año 422 en la que se disponía que "*in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi*" (C. 6.36.8.3). De ahí parece necesario concluir que tras esta constitución, cualquier liberalidad que no se hiciese en testamento o en codicilo solemne, esto es, ante cinco testigos, es nulo; y por ende, nulas serían las disposiciones fiduciarias, al no cumplir el requisito mínimo de los cinco testigos. Pero algunos intérpretes han dudado legítimamente que tal constitución afectase a los codicilos confirmados en el testamento (sí a los abintestato y a los no confirmados), con base en un estudio orgánico de las fuentes justinianas. También los textos del Digesto citados ponen en tela de juicio la aplicación práctica de esas restricciones a las disposiciones místicas. Y, por último, la posterior constitución de Justiniano del 531 (C. 6.42.32).

¹⁰⁰ARIAS RAMOS, J. "Fideicomisos..." (en nota anterior, pag.47 y siguientes)

¹⁰¹HERNANDEZ- TEJERO JORGE, F. "Lecciones de Derecho romano". 3ª Edición. Ediciones Darro. Madrid 1978 (pág. 208 y s.s.).

¹⁰²CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 106). Sostiene este autor que "el heredero, además de representar al *de cuius* no sólo en los aspectos patrimoniales sino incluso en ámbitos con matices de "trascendencia" —en sentido estricto—, era el ejecutor legal de su voluntad, ejecutor al que podían dirigirse los interesados, pues sobre él pesaba la obligación jurídica de solventar las ordenaciones del testamento. Además del heredero, existían más supuestos de "ejecución legal" como entre otros, el caso del administrador o curador de la herencia yacente nombrado por el Pretor —según muestran algunos fragmentos de ULPiano—, que suplía la falta de titular que ejercitara los derechos o cumpliera los gravámenes del caudal hereditario, funciones que realizaba este curador en el ínterin. Igual

representa al causante no solo en los asuntos patrimoniales sino también en los de ejecución de su voluntad, que es más transcendente. Y no obstante, siguiendo a GOMEZ MORÁN¹⁰³ existieron en Roma atisbos de ejecución propiamente¹⁰⁴ testamentaria a través de la figura del *executor*, (en contraposición a la ejecución "legal" del testamento); este *executor* voluntario y no "dativo" del testamento existió en la práctica jurídica romana *de facto*, como muestran las fuentes, aunque ni con tal nombre ni reconocido jurídicamente en el Derecho clásico. La figura, una vez más, se basó en la *fides*. Se trataba de una persona de confianza, antecedente probablemente de los albaceas, a cuya lealtad se encomendaba la ejecución de los deseos e instrucciones del testador. En palabras de CAMARA LAPUENTE¹⁰⁵, es el comienzo del fideicomiso en la figura del executor testamentario.

En resumidas cuentas, el mandato *post mortem* se hallaba prohibido en las fuentes romanas por su asimilación a la estructura de las formas contractuales. Sin embargo se usó mucho en la práctica romana, especialmente a partir del siglo I d. C. y a lo largo de toda la época post-clásica, sobre la sola base de una vinculación moral. Es la lucha

intervención de la autoridad pública acontecía en el *modus*, cuando se trataba de la ejecución de las cargas de interés social. Consecuentemente, como dice BIONDI, "parecía por ello una formalidad superflua que el testador nombrara una persona o que se constituyera un organismo con la función de dar ejecución al testamento".

¹⁰³GOMEZ MORÁN, L. "Tratado teórico práctico de particiones. El executor testamentario en el Derecho comparado". Instituto editorial Reus 1950. (páginas 370 y s.s.) también lo recogió en Revista de derecho Notarial. Por ello, en palabras de MERÉA, "no se puede decir que el Derecho romano, aferrado a la lógica de su sistema sucesorio repugnase radicalmente la figura de un executor del tipo del *Treuhiinder* germánico y, si esto es lo que podemos ver a través de algunos textos dispersos y desconexos, queda la legítima sospecha de que en la realidad de la vida jurídica, y particularmente en la praxis provincial, las prácticas en cuestión hayan tenido mayores proporciones". Así, esos atisbos del executor testamentario en el Derecho romano de que habla GLÜCK son apreciables, en primer lugar, en el *familiae emptor* que, como ya expusimos, fue la primera fórmula que sirvió de cauce en el Derecho sucesorio romano para dar factura a los deseos del testador, revelados a esta suerte de executor en instrucciones personales. La doctrina reconoce que, aunque no estando generalizada la institución del executor testamentario, un antecedente de esta figura podría verse en el *familiae emptor* de la *mancipatio familiae* que traza SCHULZ entre ambas figuras jurídicas, aventurando que si los juristas republicanos hubieran desarrollado la idea del *familiae emptor*, habrían obtenido un executor similar al del Derecho anglosajón.

¹⁰⁴CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (obra citada anteriormente. pag. 110 y s.s.). "se nota la huella del fideicomiso en el executor testamentario". Y para esto recoge la doctrina de MAYNZ, analizando los pocos ejemplos de ejecución del testamento cometida a personas distintas del heredero señala que "los fideicomisos hubieran podido servir á este efecto y es probable que deben en parte su origen a esta necesidad". En efecto, el encargo remitido a la *fides* del heredero o legatario o de un amigo podía referirse tanto a mandas concretas como a la totalidad del testamento; ¿qué otra cosa supone la ejecución testamentaria? También es relacionable la ejecución testamentaria con el mandato *post mortem*. El mandato en Roma era una relación personalísima y de confianza, siempre revocable. La muerte del mandatario dejaba sin efecto el contrato, lo mismo que el óbito del mandante, pues "*mandatum solvitur morte*" Este mandato póstumo, se encontraba prohibido en el Derecho romano en razón de dos principios: el ya mentado "*mandatum morte finitur*", regla recogida por PAULO y el principio de que "*obligatio ab heredis persona incipere non potest*". Ambos encuentran su explicación, como dice BONFANTE, en tomar como punto de vista el aspecto contractual del negocio desatendiendo, creemos, su vertiente *mortis causa*.

¹⁰⁵CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, pag 110 y s.s.).

entre la ley y los particulares, ya que a estos, amparaba la *fides*. El mandante encomendaba al mandatario cuestiones relacionadas con sus pompas fúnebres, erección de monumentos, fundaciones sepulcrales, legados píos, etc., y éste, vista la carencia de ligámenes legales para ese tipo de mandato, sólo se veía compelido al cumplimiento por su lealtad hacia el causante. Esto conecta directamente con el mandato *post mortem* con el fideicomiso, el legado modal y el *familiae emptor*, en el sustrato de todos los cuales se encuentra la *fides* y una estructura similar orientada *mortis causa*. En definitiva es lo mismo que el *familiae emptor*, cuyo encargo, sobre el que hemos estudiado reiteradamente, se operaba a través de las voces “rogar” y “mandar”. Hay una diferencia esencial entre mandatario *post mortem* y ejecutor testamentario si nos atenemos a esa visión contractualista del mandato póstumo que se desprende de los textos que lo invalidaban. Por más que logre prácticamente los mismos efectos, según esta visión, el nombramiento de un ejecutor es una disposición testamentaria, mientras que el mandato, aunque a realizarse *post mortem*, es siempre un contrato.

En el Derecho post-clásico, se produjo con otra constitución de Justiniano, el hito fundamental para el ulterior florecimiento de las disposiciones piadosas. En ella se declaraba, además de la capacidad de las *incertae personae*, que la elección de los pobres entre los que debían distribuirse los bienes dispuestos por el difunto quedaba al prudente arbitrio del obispo o del ecónomo, los cuales no obtendrían provecho alguno. Así, obispo y ecónomo eran ejecutores al efectuar la elección; sin embargo, la conexión histórica entre estos ejecutores y los que más tarde aparecerían en Occidente, se relativiza, pues el Derecho justiniano sólo tuvo cierta influencia en Italia, pero no en el resto de la Europa occidental hasta que glosadores y comentaristas, avanzada la Edad Media, utilizaron estos textos del *Codex* para aplicarlos a una ejecución testamentaria ya desarrollada. CAMARA LAPUENTE¹⁰⁶ entiende que la decadencia

¹⁰⁶CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Op. cit. nota anterior, pag. 113). Sin embargo, la concepción en examen desconoce la esencia de estos actos. Ese mandato puede concebirse en abstracto como un mandato *mortis causa* pues se trata ordinariamente de una voluntad extrínseca al sujeto que deberá cumplirla después de la muerte, sin recíproco intercambio de declaraciones ni acuerdo de las partes. En resumen, concluye BONFANTE, es un acto *mortis causa* e incluirlo en el esquema clásico del contrato es erróneo, aunque tiene la explicación histórica del testamento concebido como un contrato con el heredero. Por su naturaleza de acto *mortis causa* lo equipara el autor con las figuras aludidas (fideicomiso, *familiae emptor*, etc.), que gozan de idéntica naturaleza. Para completar el cuadro de figuras que suponen vestigios del ejecutor testamentario en Roma diremos que los casos más frecuentes de esos mandatos póstumos eran ordenar la erección de monumentos o fundaciones sepulcrales que conservaran en el tiempo la memoria del fallecido o bien, sin duda, el encargo de confianza de proveer y sufragar la sepultura y conservación de sus restos. Se hablaba también de

del fideicomiso (antes lo fue de la *mancipatio familiae*) y del mismo testamento romano en el Alto Medioevo hizo surgir con fuerza el instituto del ejecutor —continuidor de aquel fiduciario—, de atribuciones más poderosas que las que tuvo en las siguientes fases de su desarrollo y en la actualidad.

Los codicilos confirmados en el testamento y otras disposiciones *per relationem* tuvieron plena validez, según diversos fragmentos del Digesto. La remisión a lo comunicado confidencialmente a otra persona alcanzó eficacia como forma de disposición *mortis causa*, cuando el depositario de la voluntad reservada la declaraba. Incluso podía obtener eficacia a través de otras pruebas. Por otra parte, algunos indicios del instituto de la ejecución testamentaria pueden encontrarse en el Derecho romano, aunque se trata de una figura aún poco perfilada; no existe constatación en estos vestigios de que se emplease a esos ejecutores para cumplir encargos secretos, aunque esta hipótesis no es del todo descartable.

CONCLUSIONES

1. La fiducia sucesoria aparece en el sistema romano en diversas formas. La función del intermediario de la transmisión sucesoria fue cubierta en la época clásica por los fideicomisos. Posteriormente se combinó la fiducia sucesoria con la aparición de los fideicomisos encomendados oralmente al heredero abintestato o en los rogados en el testamento con instrucciones complementarias informales. También se añade una nueva característica a la figura que es el carácter oculto de la voluntad sucesoria que encontró su máxima plasmación en los llamados “fideicomisos tácitos” o secretos.

'minister' o *'curator'* en el ámbito del fideicomiso si la carga absorbía por completo lo dejado a un heredero o legatario, con lo que se convertía en el ejecutor de una disposición, un *'dispensator'* de la disposición testamentaria, que como fiduciario cumplía el encargo sin tener por qué percibir nada, amén de no decaer la herencia si renunciaba a ella.

Como se ve, si bien no es caso juzgar la contribución romana a la figura del ulteriormente evolucionado ejecutor testamentario, como dice MERÉA, "no puede dejar de tenerse en consideración el hecho de que entre los casos de mandato póstumo reconocidos por el Derecho romano figuraran precisamente formas embrionarias de ejecución testamentaria".

En cambio, sí es patente la existencia de ejemplos de ejecución testamentaria a lo largo de la época post-clásica, debido a la influencia que el Derecho romano recibió del cristianismo, en especial a partir del siglo IV d. C. Las mandas piadosas, las limosnas *pro anima* y otras disposiciones de carácter pío se hicieron frecuentes a medida que los testadores empezaron a concebir los bienes terrenales como medio para alcanzar el fin del alma, concepción que se acentuará desde la Alta Edad Media. Para dar buen término a esta práctica, los testadores debían nombrar a una persona concreta en el testamento que cumpliera dichas funciones. Este ejecutor podía ser distinto incluso de los herederos testamentarios o legítimos, o de legatarios o fiduciarios, de forma que era factible la designación de personas determinadas como ejecutoras de determinadas cláusulas del testamento.

Estos se emplearon frecuentemente para soslayar la legislación sobre incapacidades para recibir por herencia, especialmente la legislación caducaria. Las fuentes demuestran que los fideicomisos secretos no siempre eran fraudulentos, en cuyo caso no se les aplicaban las múltiples sanciones que perseguían el *fraus legis* propiciado por esa institución. Las Partidas reproducirán las normas romanas tendentes a evitar el fraude a través de los fideicomisos secretos, sin prohibir éstos de forma generalizada, sino sólo sus funciones fraudulentas. Es por esto que las fiducias ordinarias, en las que no existía ocultación del encargo, sirvieron para dar lugar al nacimiento de numerosísimas instituciones que hoy se plasman en el Derecho de sucesiones, tales como los albaceas, contadores, ejecutores, administradores de herencia, herederos fiduciarios y meros distribuidores; a nosotros nos importa la figura que nos ocupa, que es la del fiduciario con facultades de mejorar y distribuir de la legislación española común.

2.- La fiducia de Derecho romano se basa en la importancia y relieve que asume la *fides*, elemento que se aprecia en el mismo negocio. Cobran relevancia dos efectos: de disposición y de obligación. En definitiva, por la diversa posición que asumen los dos sujetos: el fiduciante, que se deshace de la cosa, de la cual es titular, transmitiendo el *dominium*, y al que queda por tanto sólo con una expectativa, habiendo pignorado su patrimonio, y el fiduciario que, aceptando la cosa en fiducia, se compromete a su devolución. Pero llega a ser titular a todos los efectos. Aquí vemos cómo la raíz del negocio fiduciario está en la confianza que el transmitente voluntariamente deposita en la palabra dada por el fiduciario de retransmitirle la misma cosa o derecho conforme al fin acordado.

3.- La fiducia surge como un negocio no contractual sancionado con la *actio fiduciae*, inserta como eje de un probable edicto de *negotiis bona fide gestis*. El *pactum* produce una vinculación de la cosa al acreedor, el deber de restitución de la misma, que se califica como *obligatio rei*. En este sentido la *obligatio* no es una *obligatio civilis*, nacida *ex contrato* o *ex delicto*, sino que nace de la *conventio* de vincular una determinada *res Mancipi* al acreedor hasta el pago de una deuda, conteniéndose los límites de esta vinculación en el *pactum fiduciae*.

4.- La *causa fiduciae*, es lo que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario, e informa del contenido del mismo; se caracteriza como una causa atípica consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial, frente a la

promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res* fiduciaria conforme a lo pactado, y de restituir al fiduciante o a un tercero la misma cosa o derecho recibidos.

5.- La fiducia en el Derecho romano, y también posteriormente, así concebida, se aplicaba en todos los campos del derecho, no solo en el de las obligaciones y contratos, sino también en el de los patrimonios, la familia y sobre todo en el ámbito sucesorio, como hemos visto, que es el que nos ocupa como objeto de esta tesis.

6.- Los elementos esenciales del fideicomiso tácito o secreto en Derecho romano eran:

a) La persona del fiduciario, a quien se nombra heredero o legatario en contemplación de otra persona, el fideicomisario o beneficiario auténtico. El fiduciario ejerce, por tanto, una función de intermediario de la transmisión. Su institución puede ser voluntaria o legal. b) Encargo secreto o *rogatio*: contenido de la última voluntad que sólo el fiduciario conoce. Consiste en la ocultación de la identidad del fideicomisario y, conjunta o alternativamente, de la naturaleza y entidad del objeto de la liberalidad. c) Comunicación informal (oral o documento quirografario) y extratestamentaria de las instrucciones del fideicomiso. d) Compromiso del fiduciario de cumplirlo, en cuya lealtad (*fides*) se basa el causante para la transmisión de los bienes.

7.- Las sanciones legales contra los fideicomisos secretos fraudulentos desde el senadoconsulto Pegasiano, fueron numerosas. Los fideicomisos sirvieron durante mucho tiempo y prácticamente desde su origen para eludir las leyes sobre incapacidades que imperaban para legados instituciones civiles de heredero, en un equilibrio entre estas prohibiciones y la bendición legal de su elusión. Esto se evitó finalmente por la reacción legislativa que representó el senadoconsulto Pegasiano, en tiempo de Vespasiano, que no sólo realizó las innovaciones mencionadas antes, sino que además extendió la incapacidad de *caelibes* y *orbi* al beneficio por fideicomiso, como ya sucedía para legados y herencia. La ofensiva contra esos abusos fraudulentos prosiguió bajo la égida de Aelio Adriano, pues el Senado decretó la nulidad del fideicomiso dejado a los *peregrini* y a las *incertae personae*. Así pues, la costumbre inquieta que creó de la nada esa institución, fue creando un nuevo medio indirecto para satisfacer los deseos que el Estado marginaba de la ley. Al extenderse a los fideicomisos la legislación caducaria, se intentó defraudarla mediante fideicomisos secretos. El encargo fiduciario tenía lugar fuera del escenario público del testamento y se realizaba reservadamente. La situación, se quedó en utilización del fideicomiso secreto, basado en la confianza, frente al público que estaba avalado por el poder.

8.-Hay una diferencia esencial entre mandatario post mortem y el ejecutor

testamentario: si nos atenemos a esa visión contractualista del mandato póstumo que se desprende de los textos que lo invalidaban, nos encontramos ante el pacto sucesorio; pero si se trata de una disposición testamentaria sin obligación para el ejecutor, nos encontramos ante una herencia de confianza o una autentica fiducia sucesoria. Por más que logre prácticamente los mismos efectos, según esta visión, el nombramiento de un ejecutor es una disposición testamentaria, mientras que el mandato, aunque a realizarse *post mortem*, es siempre un contrato.

9.-En el Derecho post-clásico, se produjo una constitución de Justiniano que fue fundamental para el ulterior florecimiento de las disposiciones piadosas. En ella se declaraba, además de la capacidad de las *incertae personae*, que la elección de los pobres entre los que debían distribuirse los bienes dispuestos por el difunto quedaba al prudente arbitrio del obispo o del ecónomo, los cuales no obtendrían provecho alguno. Así, obispo y ecónomo eran ejecutores al efectuar la elección;

10.- En la Europa occidental, glosadores y comentaristas, avanzada la Edad Media, utilizaron los textos del *Codex* para aplicarlos a una ejecución testamentaria ya desarrollada y tenemos ya una forma de fiducia sucesoria en sus dos vertientes: secreta y formal o pública.

CAPITULO SEGUNDO (II).- LOS INDICIOS DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO GERMÁNICO Y GÓTICO.

1.- DERECHO GERMANICO

CAMARA LAPUENTE¹ define la concepción de la sucesión en el Derecho germánico como “affatomía germánica”, consistente en una forma fiduciaria de transmitir el patrimonio a través de una persona interpuesta para suplir la ausencia de testamento y sucesión voluntaria en este sistema jurídico. Y es que en el primitivo Derecho germánico, del que proceden todos los Derechos germánicos especiales, y en los que se producen los reflejos legislativos de aquél, no se conocía el testamento. La explicación es bien sencilla si tenemos en cuenta su organización familiar. Señala GARCÍA DE VALDEAVELLANO² que todo el patrimonio se encontraba vinculado a la comunidad doméstica o familiar (*Hausgemeinschaft*); el padre (*Hausvater*) tenía atribuido como jefe y representante de la comunidad un derecho de disfrute sobre todos los bienes muebles e inmuebles; pero únicamente se le concedía la *Gewere* sobre ellos y no la facultad de disposición, facultad que era tan sólo posible con el consentimiento de sus hijos, pues se entendía que toda disposición del padre a favor de otra persona suponía una detracción de los derechos de los hijos, por lo cual era impugnabile –lo que presenta similitud con el sistema de reducción de las legítimas actuales en Derecho común- ; tampoco se admitía separar bienes para un miembro de la comunidad sin previo convenio de partición, lo que es un antecedente de las limitaciones a la partición parcial de la herencia y la unanimidad a la misma por todos los herederos. Así pues, cuando moría un miembro de la comunidad, las relaciones jurídico-patrimoniales permanecían inalteradas y su cuota acrecía a los restantes comuneros en mano común, consolidando un derecho expectante que poseían; e igual sucedía al morir el señor de la casa , ya que entonces el hijo asumía la potestad doméstica que tenía por derecho de nacimiento. Como recoge PLANITZ³, ningún miembro de la casa podía disponer por última voluntad de los objetos del patrimonio y así rezaba el aforismo: *nullum*

¹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. Editorial DYKINSON 1996. ISBN 84.8155.164-3(Pág 119 y s.s.).

²GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. “La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval”. Salamanca 1956 (pág.20).

³PLANITZ H. “Gründzüge des deutschen privatrechts”. Texto traducido por MELÓN INFANTE, C.: “Principios de Derecho germánico”. Barcelona 1957 (pág. 340 y s.s.).

testamentum, solus Deus heredem facere potest, non homo. Todo el patrimonio debía quedar en la comunidad doméstica. Resume CAMARA LAPUENTE⁴ que “en esta inteligencia, se comprende que el Derecho hereditario germánico fuese exclusivamente un Derecho de familias”.

Pero suplir esta ausencia de la figura del testamento, solo era posible -en la época germánica- crear un heredero artificial, es decir, utilizar las instituciones de Derecho de familia con finalidades exclusivamente patrimoniales. Puesto que las expectativas de los herederos natos (*geborene Erbe*) eran irreducibles mediante disposiciones del causante, éste podía conseguir un heredero elegido (*gekorene Erbe*) para que hiciera por el causante las ofrendas de difuntos y a quien correspondía entonces el caudal relicto. Naturalmente, este acto llamado *adoptio in hereditate* o *Erbengedinge* necesitaba el asentimiento de los titulares de la reversion; se efectuaba ante la Asamblea judicial pública y revestía las formas de la adopción (PLANITZ⁵).

Señala CAMARA LAPUENTE⁶ que este negocio se llamaba entre los longobardos *Garethinx* o *Thinx* y entre los francos *Affatomia*. Probablemente la razón fuese la de oponerse la Iglesia cristiana a las ofrendas paganas a los muertos; la *Affatomia* aparece en la *lex Salica* de los francos con un desvanecimiento de su carácter de Derecho de familia y una potenciación de su utilidad para transmitir el patrimonio y surge la figura de un intermediario en la transmisión, el *Salmann*, institución de origen eminentemente sucesorio, que tuvo utilidad en estas transmisiones, y posteriormente fue objeto de numerosas aplicaciones; el mecanismo consistía en que recibía los bienes "a mano fiel" (*zu treuer Hand*) y en ese acto, los entregaba después de la muerte del causante al verdadero destinatario. El mecanismo, descrito en la *lex Salica* (ECKHARDT⁷), se desglosaba en tres actos públicos: el primero consistía en la entrega de la “festuca” (bastón o rama que simbolizaba la entrega de los bienes) al *Salmann*, como hombre de confianza del transmitente, a la vez que éste le indicaba el nombre del destinatario de los bienes; en el segundo, el *Salmann* se trasladaba a la casa del causante y durante tres días recibía allí a los⁸ huéspedes y los alimentaba, propiciando así el reconocimiento público e inequívoco

⁴CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en pág. 120).

⁵PLANITZ, H. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en pág. 341).

⁶CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Op Cit. páginas 119 y s.s.).

⁷ECKHARD, K.A. “Historia monumental germánica”. (Traducida al castellano en esta parte por CÁMARA LAPUENTE). Tomo IV, parte II, Hannover 1969. Lo recoge CAMARA LAPUENTE en su obra “La fiducia sucesoria secreta” (página 119 y siguientes).

⁸CÁMARA LAPUENTE, S. (op. citada, pág.119).

del beneficio de la *Gewere*; finalmente, el intermediario ejecutaba la misión encomendada y transmitía al beneficiario en el *malus legitimas* también *per festucam* los bienes que le fueron confiados; esta entrega, según la ley Sállica, debía efectuarse antes de doce meses, aunque no se indica el término *a quo*, que parece ser, en buena lógica, la muerte del causante. (CAMARA LAPUENTE⁹, compilando las opiniones traducidas de los textos de HEUSLER, VIOLLET, LEPOINTE y ALONSO LAMBAN)¹⁰.

En conclusión, la *Affatomia* franca a través de ese intermediario de confianza pudo suplir la ausencia de testamento y de sucesión voluntaria en ese sistema jurídico; el causante, por medio de la *Affatomia*, transmitía al *Salmann* sus bienes "a manos fieles"; éste devenía así intermediario —heredero interpuesto y ficticio con *Gewere* y propiedad sobre el caudal relicto, del que disponía tras la muerte del causante- como un fiduciario a favor del destinatario que el testador le había indicado; la finalidad última del acto era procurarse el causante un heredero (el beneficiario) y así lo pone de manifiesto la ley Sállica al decir que este beneficiario "*quem heredem deputavit*". El *Salmann* es el precedente inmediato reconocido del *Treuhänder* del Derecho moderno alemán. Unicamente en época muy posterior la *Affatomia* perderá su naturaleza originaria para convertirse en una suerte de pacto sucesorio y bilateral. La regulación de la *Affatomia* en la *lex Ribuaria* de los francos era distinta y no preveía la institución de un tercero intermediario. CAMARA LAPUENTE¹¹ explica etimológicamente el sentido de la terminología entre los longobardos, en analogía con la *Affatomia* franca, que se daba en la *Thingatio*, *Garethinx* o *Thinx* ('gerl= lanza; 'thinx'= asamblea pública), que consistía en un acto judicial público en el cual el futuro causante entregaba una lanza a un fiador (*Speerbürge*: fiador de la lanza), el cual a su vez la entregaba al heredero elegido, que era quien hacía las ofrendas por el difunto y recibía el caudal (BRUNNER¹²). En definitiva, para los longobardos esto equivalía a la creación de un heredero. Con la evolución posterior y el auge de las donaciones *mortis causa* en el Derecho germánico y la aparición de la cuota de libre disposición para el causante, por segregación de diversas masas patrimoniales dentro de la comunidad familiar, el recurso a la *adoptio in hereditate* con su sentido familiar-patrimonial se fue

⁹CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Nota anterior, en páginas 121 y siguientes).

¹⁰CÁMARA LAPUENTE, S. (op. citadas, pág.120 y 121) (Compila opiniones de textos de HEUSLER, VIOLLET, LEPOINTE Y ALONSO LAMBAN)

¹¹CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Nota anterior, pag 122).

¹²BRUNNER, H. SCHWERIN. "Historia del Derecho germánico" traducida y comentada por J.L. ALVAREZ LÓPEZ. Barcelona 1936 (pág. 237 y s.s.).

desvaneciendo por inocuo e innecesario. Sin embargo, a pesar de todo, en numerosos casos de donaciones póstumas aparecía también el *Salmann* originario de la Affatomia como intermediario de la transmisión cuando el causante estaba impedido por alguna causa. También se encomendaba frecuentemente al *Salmann* la propiedad de los bienes "zu treuer Hánden" para satisfacer la cuota pro anima obligatoria (*Seelteil*); éste investía al instituto eclesiástico designado el día del enterramiento del causante.

Con la aparición del testamento en el Derecho germánico, tras la Recepción romano-canónica, el *Salmann* que se designaba en él se convirtió en ejecutor testamentario (*Testamentsvollstrecker*). Dicen BRUNNER-SCHWERIN¹³ que tenían la propiedad sobre el caudal condicionada por la muerte del testador. Al producirse ésta ostentaban la *Gewere* y la propiedad, porque el ejecutor testamentario era heredero a mano fiel (*Erbe zu treue Hand*), de donde vienen los términos "manufideles" y "Treuhänder". Este ejecutor-fiduciario disponía de los bienes del causante como suyos propios siguiendo puntualmente las instrucciones de aquél. Con posterioridad, su cargo se configuró como una función (*Amt*) y fue sometida a vigilancia eclesiástica.

PLANITZ¹⁴ estudia los ámbitos en los que se desenvolvió la figura del *Salmann*, que fueron variados por lo que se refiere a su empleo en el Derecho germánico incluso para otros menesteres fuera del entorno sucesorio. Aunque en este Derecho se desconocía originalmente la "representación" en nombre ajeno, pronto se desarrolló, en contrapartida, una representación fiduciaria en la que el *Salmann* ejercitaba un derecho propio en nombre propio pero en interés ajeno. Es el caso, por ejemplo, de adquisición de fincas por un *Salmann* o transmisión de las mismas a éste para su ulterior enajenación porque el interesado mismo era incapaz para adquirir o disponer. No obstante existían diferencias con la fiducia romana, porque el *Salmann* recibía la propiedad causal y un derecho real u obligacional, mientras que en la fiducia romana lo que ampara las limitaciones del ejercicio es la condición de cumplimiento de una obligación de fidelidad, que es la esencia de la transmisión fiduciaria

Respecto a la influencia o concomitancia del *Salmann* germánico con otras instituciones, ya hemos visto que en esta figura, principalmente entre los autores alemanes, es el precedente inmediato del ejecutor testamentario que se conformó a

¹³Recogen estos autores que "para independizar su ejecución de la buena voluntad del heredero se hizo uso de ciertas personas intermediarias, fiduciarios, albaceas y ejecutores a quienes se confiaba la liquidación de la sucesión".

¹⁴PLANITZ, H. Traducción de MELÓN INFANTE. (op. En nota anterior) (pág. 373 y s.s.).

partir del siglo VIII en casi toda Europa; así lo sostienen, siguiendo la recopilación de CAMARA LAPUENTE¹⁵, entre otros, SCHULZE¹⁶ y BRUNNER-SCHWERIN¹⁷. Sin, embargo, otros juristas recuerdan que el mandato póstumo ya existía incipientemente en Derecho romano y que según GARCÍA GALLO¹⁸ la institución del ejecutor testamentario surgió también en territorios que no estuvieron sometidos a la dominación germánica, así como que las finalidades del ejecutor en el Medievo —cumplir liberalidad piadosa— y del *Salmann* —persona interpuesta en la transmisión— eran diversas. En definitiva, las dos figuras responden a una misma raíz y procedencia.

Es importante hacer constar las diferencias con la formula fiduciaria romana, en el sentido de que las causas que hacían surgir la *Affatomia* franca y el *Thinx* longobardo como *adoptiones in hereditate*, tomaban la adopción como medio para conseguir resultados patrimoniales a favor de esa persona, lo que tiene similitud con el testamentum *calatis comitiis*, que surgió ante la inexistencia de testamento en la época arcaica romana: se hacía ante el pueblo y utilizaba las formas de la *adrogatio*; sin embargo, no necesitaba la intervención de un transmisor interpuesto; este intermediario se dio en Roma poco después, con el *familiae emptor* que, como ya se ha visto anteriormente, guarda similitudes clarísimas con el *Salmann*. Además, se deduce un paralelismo claro, que no suele apreciarse por la doctrina, entre la *Affatomia* franca y una institución que se gestó en la Alta Edad Media: la *perfiliatio*, que también suponía utilizar el negocio familiar de la adopción para conferir derechos sucesorios al nuevo hijo. Para el mismo CAMARA LAPUENTE¹⁹, siguiendo a ROCA SASTRE²⁰, PUIG FERRIOL²¹ y ROCA-SASTRE MANCUNILL²², se ha hablado

¹⁵CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior, en pág. 125 y siguientes). Dice este autor que <<pese a todo, las analogías estructurales y teleológicas de ambas figuras son palmarias aunque, como se ve, relacionarlas genéticamente sea algo tortuoso y controvertido >>

¹⁶SCHULZE y BRUNNER-SCHWERIN. (Mencionados de referencia por CÁMARA LAPUENTE, S.) (Pág. 124) “Institución de que toman origen los ejecutores testamentarios”. Edición antigua de 1895. Nueva edición de 1973 (pág 37 y s.s.)

¹⁷SCHULZE y BRUNNER-SCHWERIN. (Mencionados de referencia por CÁMARA LAPUENTE, S.) en “La fiducia sucesoria secreta” (Pág. 124) “Institución de que toman origen los ejecutores testamentarios”. Edición antigua de 1895. Nueva edición de 1973 (pág 37 y s.s.).

¹⁸GARCÍA GALLO, A. “Del testamento romano al testamento medieval” (pág. 449). (Revista de Historia del Derecho).

¹⁹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (nota anterior, página 126 y s.s.).

²⁰ROCA SASTRE, R.M. “El fideicomiso *sine liberis*” en “Estudios de Derecho privado” II. – Sucesiones-Madrid 1948. Reeditado por Aranzadi, en Marzo de 2009. (Pags 104 y siguientes).

²¹PUIG FERRIOL, L. “La Institución de heredero por fiduciario”. (R.J.C.) 1964. (página 20). “Sobre la fiducia testamentaria”. Notas a la Sentencia de 11 de Junio de 1960. (R.J.C.) (LXVI)-1966. (páginas 85 y s.s.) Recoge recensión de ésta, “Instituciones de Derecho Civil de Cataluña” 4ª. Edición Tirant Lo Blanch 1992.

también de los precedentes germánicos de la herencia de confianza –que es el objeto del estudio del tan mencionado autor-. La analogía del heredero de confianza con el primitivo *Salmann* es terminante en muchos aspectos (intermediario en la transmisión sucesoria; hombre de absoluta confianza del causante; propietario fiduciario con facultad de disponer que llevará a término según las determinaciones del causante sobre el beneficiario; una forma de institución de heredero indirecta, en realidad). Pero falta un elemento de esencia de la herencia de confianza en el *Salmann*: según la ley Sállica los tres actos en que se desenvuelve este personaje son públicos, incluido el primero, en el que el transmitente indica al *Salmann* el nombre del beneficiario y la extensión de lo dispuesto, por lo cual las instrucciones no parecen ser reservadas o secretas y se conoce el verdadero heredero al que posteriormente transferirá el *Salmann*. Los datos en este cuerpo legal germánico son escasos. En cualquier caso, tampoco está probada la posible recepción de esta institución germánica en el territorio de la península ibérica a través de los godos, como resalta GARCIA GALLO²³. Con la ulterior evolución y conversión del *Salmann* en *Treuhander* y debido a la ósmosis internacional de instituciones jurídicas que caracterizó el período del *ius commune*, esta figura contribuyó a moldear en España la lenta gestación de las herencias y legados de confianza, y de estas las regulaciones de las mismas en las Compilaciones forales, de donde en el Siglo XXI surge la importación al sistema de Derecho Civil común con la redacción del artículo 831, que es el centro de este estudio.

2.- DERECHO GOTICO Y ROMANO VULGAR (SIGLOS III-VIII)

Siguiendo la evolución en el tiempo de los vestigios de la fiducia sucesoria, corresponde analizar en la evolución iniciada en Roma, el desarrollo histórico del Derecho romano hasta el conjunto de normas constituidas por el llamado derecho romano-vulgar y su coetáneo durante algún tiempo y sucesor, el Derecho gótico, especialmente practicado en lo que era la región de la Hispania. Delimitar la extensión y concepto del llamado "Derecho romano-vulgar" no es una cuestión pacífica. Como es sabido, esta terminología surgió a comienzo del siglo XX en los estudios

²²ROCA-SASTRE MANCUNILL, L. Derecho de Sucesiones. Editorial Bosch. Barcelona 1995. La edición original es "*Derecho de sucesiones...*", t. II, cit., p. 247, para este autor, la delegación de la facultad de mejorar es una institución sucesoria, pero no de disposición, sino de distribución o división. Defiende que se trata de un supuesto de sucesión contractual *per relationem*, de ahí su antecedente romano-germánico.

²³GARCÍA GALLO, A. "Del testamento romano al testamento medieval". (op. cit. en nota anterior) (pag. 443 y s.s.).

romanísticos y aún se encuentra insuficientemente estudiada. SAMPER POLO²⁴ distingue para el estudio de este Derecho que está especificado principalmente por tres rasgos: primero, la falta de un estilo, ya que desaparecen los jurisconsultos que crean el Derecho a través de su *auctoritas*; también se aprecia esa carencia en la intromisión de pautas extrajurídicas —morales, oportunistas o afectivas— a la hora de resolver los problemas jurídicos; juristas del Derecho clásico tratan de solventar los conflictos en las relaciones del tráfico con ese Derecho, obteniendo soluciones de corte clasicista que carecen de aquel equilibrado sentido jurídico. En segundo lugar, el lapso temporal puede concretarse en su inicio hacia el año 228 —asesinato de Ulpiano— ó 235 —fin de la dinastía de los Severos—; desde entonces se extinguieron progresivamente los grandes jurisconsultos y se produjo un anquilosamiento de la jurisprudencia; arriesgarse a indicar el final de su vigencia es infructuoso, pues enlaza sin solución de continuidad con la Edad Media, y sus hallazgos fueron recogidos en parte por la legislación gótica, lo que explica la unidad de estudio que proponemos. En tercer término, el espacio en que se desarrolla el Derecho romano-vulgar es Occidente, pues en Oriente existe un clima jurídico elevado, como muestran las escuelas de Constantinopla y Berito, que culminará en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano; por contra, en Occidente se acentuará la vulgarización en la vivencia del Derecho romano por los pueblos sometidos y posteriormente emancipados de Roma. Si bien, como apunta HERNÁNDEZ GIL²⁵, la denominación de *Corpus Iuris Civilis* es una acepción muy posterior, ya que se introdujo en el s. XII por los glosadores para distinguir la Compilación de Justiniano de las de Derecho canónico.

En conclusión, siguiendo a CAMARA LAPUENTE²⁶, el Derecho vulgar, como determina SAMPER POLO²⁷, es el Derecho romano tardío de Occidente. El adjetivo vulgar debe entenderse —no peyorativamente— en el sentido de 'común' o 'general' en contraste con 'especial' o 'técnico': es más, entendido incluso como 'popular' en referencia a una cultura jurídica vivida y vivificadora; téngase en cuenta la incomunicación de los medios rurales, pongamos por caso, en los siglos IV, V y siguientes, lo que hacía difícil acudir a prácticos del derecho y conocer las alteraciones

²⁴SAMPER POLO, F. “La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar” (“AHDE”, XXXVIII, 1968. (Pág. 88, 89, 94).

²⁵HERNÁNDEZ GIL, A. “Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado” (Estudios homenaje a Castán Tobeñas). EUNSA. Pamplona 1969 (pág 340 y 341).

²⁶CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Obra citada en nota anterior pág 127).

²⁷SAMPER POLO, F. “La disposición mortis causa...” (Nota anterior, pág. 94).

del 'Derecho oficial'; esto, obviamente, debió de hacer florecer unos sustratos consuetudinarios importantísimos sobre la base de lo que a esos núcleos de población llegaba del Derecho vigente.

En este sentido, puede contraponerse el Derecho romano vulgar a otra de las fuentes del Derecho romano en el período post-clásico, las constituciones de los emperadores, que, no obstante, reflejaban el Derecho vulgar por la esporádica prohibición de algunas prácticas muy extendidas. En España y las Galias se puede descubrir este Derecho no tanto a través de las obras de los juristas, sino más bien a través del Derecho gótico – aunque el término más apropiado es el de visigótico–, que refunde el Derecho romano tardío con sus costumbres germánicas, en aras de una bienintencionada unidad de legislación". Conocida es la situación jurídica en España tras la ocupación de los godos en el año 415: aplicación armónica del Derecho visigótico y del Derecho romano en ambos núcleos de población (bárbara y romana), máxime tras el *foedus* con el Imperio del 418. Tanto el Código de Eurico —que recoge las instituciones del Derecho romano vulgar, consuetudinarias—, como el Breviario de Alarico —restaurador del Derecho imperial y de las escuelas— como el *Liber Iudicum* —que registra la actividad legislativa de los reyes godos, muy inspirada en el Derecho romano— buscan la aplicación en todo el territorio ocupado, en pos de la unidad de dos culturas diferentes. El Derecho gótico –o si preferimos visigótico– y consecuentemente, las instituciones que estudiamos, tuvieron una gran influencia en el Derecho español, desigual según las regiones: enorme en León, Castilla y Portugal e importante en Aragón y Navarra, así como en Cataluña. En esta última y en la Septimania, el *Liber Iudicum* siguió rigiendo hasta el siglo XIII, con especial fidelidad en su aplicación en materia sucesoria. En el resto de la España cristiana no fue el Liber sino el Derecho visigodo vulgar (el no oficial) el que se observó. No tuvo, sin embargo, trascendencia en Galicia –Galicia–, la región Sudeste y la Bética ni en los pueblos norteños, en concreto en los vascones, no sometidos, que se rigieron por su costumbre.(GARCIA GALLO²⁸).

En cuanto a la expresión de estas figuras en las disposiciones testamentarias, si nos fijamos en la en la época histórica que estamos tratando, o sea entre el siglo III y el VIII por razones de homogeneidad y teniendo en cuenta su continuidad en el Medievo, el principal rasgo de cambio en materia testamentaria es la difuminación de las peculiaridades de cada uno de los actos dispositivos de última voluntad, con un

²⁸GARCÍA GALLO, A. "Manual de Historia del Derecho español" 10ª reimpresión. Madrid 1984. Volumen I (pág 345 y s.s. y 531 y 532).

progresivo decaimiento del testamento puro romano, desplazado por formas de disposición *mortis causa* más sencillas y útiles como las donaciones *post obitum* y las donaciones *reservato usufructu*, principalmente. Las donaciones *post obitum* se generalizaron desde el s. III d. C. y se equiparon con el testamento desde el s. V, como se ve desde los más antiguos códigos godos hasta el *Liber iudicum* de Chindasvinto (GARCÍA GALLO²⁹); a lo largo del Derecho medieval, este tipo de donaciones, especialmente a favor de institutos eclesiásticos, gozó de una expansión arrolladora que incluso hizo caer en desuso la forma tradicional del testamento; esta es otra característica de la época que tratamos. Era usual en estas donaciones *post mortem* la actuación de un intermediario, como sucedía en los testamentos gravados con fideicomiso. Este intermediario aparecía principalmente en los casos de enfermedad o muerte inminente y recibía el encargo de confianza de realizar los deseos declarados en el lecho por el enfermo, lo que sitúa la figura entre las intermedias o mixtas de formas testamentarias y formas inter vivos.

Por su parte, el fideicomiso va cayendo en desuso a medida que nos acercamos a la Edad Media, y siguiendo a GARCÍA GALLO³⁰ se dice que pierde incluso su nombre, por lo que no es posible enlazar los ejecutores testamentarios con el fideicomiso. Sin embargo, se puede encontrar su denominación —aunque asociada al testamento en decadencia —en algunos pasajes de fuentes góticas, así como identificado con el codicilo, que a juicio de PEREZ DE BENAVIDES³¹, la interpretación del Breviario de Alarico confunde fideicomiso con codicilo, por lo que se comprende que el contenido usual de aquel apareciese en éste; esto se reproduce en numerosos pasajes del Breviario de Alarico.

Otro elemento, que favorecerá la figura de los comendatarios *post mortem*, es la obligatoriedad de una suerte de registro de las disposiciones testamentarias, que debían presentarse ante la curia local para su adveración y publicación (ALONSO LAMBAN³²). La instauración de este procedimiento se debió al relajamiento en las formas del testamento privado, que iba en detrimento de su seguridad, por lo que se fueron imponiendo las actas públicas, tanto para constatación y publicidad de los

²⁹GARCÍA GALLO, A. “Manual de...” (nota anterior, pag. 530 y siguientes)

³⁰GARCÍA GALLO, A. “Manual de...” (nota anterior, en pag. 531 y s.s.).

³¹PEREZ DE BENAVIDES. “El testamento visigótico”. Granada 1975 (pág 140 y s.s.)

³²ALONSO LAMBAN, M. “Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón” (Revista de Derecho Notarial) V-VI (Julio –Diciembre 1954) y IX-X (Julio – Diciembre 1955). (Nota 34 en la página 68).

testamentos escritos, cerrados y secretos, como para plasmar en soporte cierto los testamentos orales. También el Derecho gótico dispuso esa presentación de los testamentos ante jueces o sacerdotes en el plazo de seis meses tras el óbito del testador. Por último, conviene apuntar el auge que va cobrando el testamento oral, en especial ante situaciones extremas; hasta el punto que en el siglo V llega a contraponerse al *testamentum* la *nuncupatio*, lo que ya hemos analizado anteriormente, y aunque se produjo una decadencia del testamento formal, esto no implicó la pérdida del concepto testamentario. Las declaraciones orales en el lecho de muerte se hicieron frecuentísimas, especialmente con el objeto de distribuir *pro anima* su fortuna. Lo analiza detalladamente MÉREA³³, para quien podría afirmarse que esa práctica representa la continuación pura y simple del testamento nuncupativo, si no fuera precisamente por la circunstancia de figurar en tales actos un intermediario o ejecutor, al cual no se refieren las fuentes visigóticas y que imprime al acto una factura original.

En el Derecho romano-vulgar y visigótico se dieron tres costumbres en el foro, que habitualmente resolvieron los problemas prácticos de la sucesión interpuesta. La primera de ellas era la "epistola hereditatis", que CAMARA LAPUENTE³⁴ describe con detalle: "desde Principios del siglo IV comenzó a arraigarse una práctica documental cuasi-testamentaria de claro sesgo fideicomisario para distribuir los bienes a los hijos de un causante. El Derecho clásico había sido, como vimos, en exceso rigorista y formalista con el testamento; poco a poco se produjo una permisividad en las formas de repartir los bienes en favor de los descendientes, de manera que era válida esta disposición hecha en codicilo, documento cualquiera (epístola) o incluso en testamento incorrecto". Se produjo por lo tanto lo que ha calificado ese autor como una relajación formal que generó un tipo documental desconocido por los juristas y las leyes que, como dice GARCIA GALLO³⁵, es una suerte de testamento innominado o disposición sucesoria irregular, que en puridad era considerado en la época como *ab intestato*. Así pues, en Hispania era conocida la *epistola hereditatis* como dictada en trance de muerte por un padre a su hijo (o a un amigo de confianza, más tarde), calificándola reiteradamente de "epístola", que habría de valer conforme al Derecho urbano y pretorio, y en su defecto como codicilo o intestado (lo que demuestra su cariz

³³MÉREA, M.P. "Sobre los orígenes del ejecutor testamentario". Separata en los "Anais" (Anales) de Lisboa-Volumen II, de 1940. (Nota 10 en la página 176).

³⁴CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Nota anterior, en pág 131).

³⁵GARCÍA GALLO, A. "Manual de..." (Vol.I, en pag. 532 y s.s.).

testamentario), que según HERNANDEZ TEJERO³⁶ se plasmaría distribuyendo los bienes entre sus hijos por igual y ordenando que se presentara en la curia. Así consta también en los escritos de fórmulas góticas; en el documento se disponía también el lugar de enterramiento, la concesión de inmuebles a la iglesia del lugar y otra serie de mandas. Esta práctica tuvo amplia difusión, debido a que se efectuaba fideicomisariamente, con la libertad formal que esto implicaba. Los beneficiarios no sólo eran descendientes del disponente, sino también en ocasiones otras personas de absoluta confianza o colaboradores en la vida social y económica.

La segunda de ellas era el "*commendatarius*" del testamento escrito, por el que se hacía entrega y depósito de una escritura de donación para su publicidad, como garantía de autenticidad, la llamada *insinuatio* de las donaciones; esta práctica fue generalizada por Constantino en el año 323; también para algunas formas testamentarias se requirió esa *allegatio apud acta*, igual que la *insinuatio*; es el caso del testamento *apud acta conditum*, que no es sino una especial publicidad de la que se puede revestir a cualquier testamento. En el Derecho tardo-romano, prácticamente en la época del Derecho romano vulgar, la donación con *insinuatio* era especialmente similar al testamento público. Señala GARCÍA GALLO³⁷, que el Código de Eurico asimila por completo testamentos y donaciones. Ante la obligatoriedad de alegarlos *apud acta*, surgió la práctica —ya existente en Derecho romano— de encomendar el testamento escrito a un amigo o pariente para que lo custodiara y entregara a la curia; en la Galia, este custodio fue usual y recibió el nombre de *prosecutor* o *ligatarius*, que fue creciendo en atribuciones. Era un hombre de confianza y mandatario del otorgante; existen documentos que muestran a esa persona de confianza del testador como receptor de su testamento, con la misión de excitar y vigilar la *apertura tabulorum*, contribuyendo así a la ejecución testamentaria; e incluso existe constatación de testamentos en que el *prosecutor* no sólo es custodio del testamento en instrumento de la *insinuatio*, sino que tiene encargadas misiones ejecutivas (CAMARA LAPUENTE³⁸).

En España también se daba esta práctica, recogida por el Derecho gótico, pues el *Liber Iudicum*, repitiendo la idea contenida en el Breviario de Alarico, prescribía la

³⁶HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F. Lecciones de Derecho romano. 3ª Edición. Ediciones Darro. Madrid 1978 (pág. 208 y s.s.).

³⁷GARCÍA GALLO, A. "Del testamento romano al testamento medieval". (en nota anterior, pág. 433 y s.s.).

³⁸CÁMARA-LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (en nota anterior, pág 132).

obligación de publicar el testamento escrito del difunto en un plazo de seis meses, ante el obispo y testigos. El *Liber* hacía referencia a la *commendatio* del testamento a una persona encargada de su registro, publicación y entrega a los herederos en otro pasaje, en una suerte de ejecutor con esas misiones.

La tercera de las prácticas utilizadas era el portador de la voluntad oral del testador. La recoge en detalle CAMARA LAPUENTE³⁹ La relajación de las formas en el testamento nuncupativo era manifiesta desde el Derecho romano tardío —en el cual era necesario emitir la declaración ante siete testigos desde el año 439 por imposición de Teodosio II y Valentiniano II, así como usual su reflejo escrito ante las autoridades territoriales o locales—, hasta el Derecho godo, pues el precepto de Teodosio fue desatendido y en la práctica vulgar romana y gótica únicamente intervenían dos o tres testigos. El Derecho oficial godo trata de dar ciertas garantías a un supuesto de testamento oral y entre el año 642 y el 653 Chindasvinto admite que en caso de viaje o guerra se pueda declarar oralmente la voluntad testatoria ante unos testigos que la oigan, principalmente ingenuos, aunque pueden ser, en su defecto, siervos propios o ajenos; después éstos testigos deberán presentarse ante el juez o ante el obispo y declarar lo que oyeron, redactándose por escrito la declaración; ese documento se presentará al rey para que lo confirme. Esta forma de testar es excepcional a las cuatro admitidas como válidas, donde se dispone, en cuanto a la oral, que los asistentes al acto declararán bajo juramento la voluntad del difunto antes de seis meses. Más tarde veremos asociadas a esas funciones de testigo y revelador de la voluntad testamentaria verdaderas misiones de ejecutor testamentario sobre la misma persona.

Así pues, estaba extendida la práctica de utilizar a una persona interpuesta y en la que se tuviese confianza para expresar y manifestar la voluntad testamentaria; unas veces lo era como instrumento de conservación y publicación de la ya recogida materialmente en un documento y en otras ocasiones como portadora ella misma de la voluntad recibida oralmente. En estos casos, según fuese conocido o no el contenido de esas instrucciones, nos encontramos con la figura del heredero de confianza que recibe esos deseos sucesorios en forma de instrucciones reservadas, en su faceta de testigo cualificado; en otros casos, con fiduciarios que dentro de un margen de maniobrabilidad desarrollaban esas instrucciones del causante en el nombramiento de herederos de entre un grupo determinado —que había sido señalado por ese causante- o

³⁹CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior, en pag. 133 y s.s.).

bien distribuyendo el caudal relicto dentro de unos márgenes acotados. Para CAMARA LAPUENTE⁴⁰, se trata de personajes con parecidos rasgos pero en absoluto son ejecutores. En definitiva analizando una a una estas prácticas, en el caso de la *epistola hereditatis*, el portador de la misma sólo es un testigo y receptor de los deseos del testador; transcribirá al dictado y hará llegar en esa forma epistolar a los beneficiados, pudiendo ser él mismo uno de ellos; el *prosecutor* galo es un instrumento para el registro público del testamento escrito, que es conservado y entregado por él; el *commendatarius* referido en el *Liber* es igualmente un depositario de las órdenes sucesorias documentadas, las cuales pueden incluso ser desconocidas para él; su objetivo es entregarlas para su publicidad, y al producirse la *apertura tabulorum* otros se encargarán de ejecutarlas. Los testigos del que va de viaje o está en la guerra sólo revelan la voluntad del testador, la cual recibieron ellos, sin añadir ni completar nada ni tener investidura ni parte en el caudal hereditario ni otras funciones ejecutivas. Su semejanza con el heredero de confianza radica en ser portadores y reveladores de la voluntad del *de cuius*, es decir, coinciden con su naturaleza de testigo cualificado — una parte dentro de la naturaleza del heredero de confianza —, pues son los únicos que conocen los deseos del testador y difieren de los testigos normales de un testamento en que éstos sólo acreditan, certifican o asienten que ése es el testamento o voluntad, pero no transmiten la misma. (GARCÍA GALLO⁴¹ y CAMARA LAPUENTE⁴²).

En conclusión, ya en la época gótica aparecieron terceros en los que confiaba el causante, con facultades más extensas que las de los incipientes mandatarios póstumos del Derecho romano.

CONCLUSIONES

1.- En el Derecho germánico existía una especie de forma fiduciaria de transmitir el patrimonio a través de una persona interpuesta para suplir la ausencia de testamento y sucesión voluntaria en este sistema jurídico. Y es que en el primitivo Derecho germánico, del que proceden todos los Derechos germánicos especiales, y en los que

⁴⁰CÁMARA-LAPUENTE, S. (“La fiducia sucesoria secreta” en nota anterior, pág 131). Dice este autor “estos personajes no son intermediarios de la transmisión de los bienes, como lo serán los ejecutores altomedievales y el mismo heredero de confianza. Únicamente se aprecia la simbiosis de ambos rasgos, levemente, diseminados, como es el supuesto del *prosecutor* galo con funciones ejecutivas. Esta fusión y confusión de cometidos se acendrará en la época altomedieval hasta crear un tipo de ejecutor que conoce la voluntad testamentaria únicamente él y la ejecuta”.

⁴¹GARCÍA GALLO, A. “Manuel de...” (en nota anterior, Vol.I, pag. 533 y s.s.).

⁴²CÁMARA-LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (en nota anterior, pág 133).

se producen los reflejos legislativos de aquél, no se conocía el testamento.

2.- La explicación de la existencia de este tipo de figura es bien sencilla si tenemos en cuenta su organización familiar: todo el patrimonio se encontraba vinculado a la comunidad doméstica o familiar por lo que se limitaba la facultad de disposición de ese patrimonio, facultad que era tan sólo posible con el consentimiento de los hijos, pues se entendía que toda disposición del padre a favor de otra persona suponía una detracción de los derechos de los hijos, por lo cual era impugnabile –lo que presenta similitud con el sistema de reducción de las legítimas actuales en Derecho común- ; tampoco se admitía separar bienes para un miembro de la comunidad sin previo convenio de partición, lo que es un antecedente de las limitaciones a la partición parcial de la herencia y la unanimidad a la misma por todos los herederos.

3.- En la época gótica aparecieron terceros en los que confiaba el causante, con facultades más extensas que las de los incipientes mandatarios póstumos del Derecho romano.

CAPÍTULO TERCERO (III). LA ALTA EDAD MEDIA (SIGLOS VIII-XIII).

1.- INTRODUCCIÓN: EL TESTAMENTO ORAL Y EL TESTAMENTO ESCRITO

Siguiendo a GARCIA DE VALDEAVELLANO¹, en el Alto Medievo continuó de forma acentuada la decadencia del testamento romano, según la tendencia iniciada en el Derecho gótico. La vulgarización en las disposiciones *mortis causa* hizo que los causantes no se preocupasen en absoluto de la naturaleza de sus actos sucesorios, sino que únicamente ordenasen o dispusiesen mandas sobre sus bienes. Para CAMARA LAPUENTE², numerosos documentos siguieron proclamándose como *testamentum*; esto no indica que se tratara de testamentos puros, romanos, revocables, sino que bajo esa denominación se recogían otras disposiciones, como donaciones, y otras formas de liberalidades piadosas. Junto con las donaciones *post obitum* y *reservato usufructu*, muy utilizadas por el hombre medieval, se producían con asiduidad todo tipo de donaciones revocables, pactos sucesorios y disposiciones sucesorias mancomunadas. Los destinatarios de estos actos no eran concebidos como herederos, sino como beneficiarios o como donatarios.

El testamento oral es la forma mayoritariamente utilizada por su sencillez y comodidad en una población rural, donde los escribanos eran escasos y se hacía difícil acudir a ellos. Este acto era privado, ya que la disposición se confiaba verbalmente a unos testigos, familiares o extraños, que procurarían su posterior averación. La necesidad de publicarlo, siguiendo la inercia del precepto visigodo, se incumplía con frecuencia, e igualmente se relajaron los requisitos numéricos y de otro orden en la función testimonial. Las escasas noticias que nos han llegado de los testamentos orales entre el siglo VIII y el IX proceden de documentos privados producto de las actuaciones de los ejecutores testamentarios, que, en ocasiones, elevaban a públicas esas

¹GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. "La comunidad Patrimonial de la Familia en el derecho Español Medieval".-Acta Salmanticensia, Derecho, Tomo III, n° 1. Salamanca 1956. (Páginas 19, 23 y 33).

²CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". Editorial DYKINSON-1996. ISBN 84.8155.1643 (Pág. 141 y s.s.)

disposiciones verbales y, en otras ocasiones, simplemente ejecutaban las instrucciones recibidas, expidiendo cartas que sirvieran de justo título a los beneficiarios. El otorgamiento del testamento oral se generalizó ante el peligro de muerte o acuciado el disponente por una grave dolencia, como muestran las actas de la época; aunque no se producía exclusivamente en estos casos, pues no se trataba de una forma testamentaria extraordinarias, y así, era posible también efectuada con plena salud en previsión de la muerte. Lo más importante era no morir intestado, por el horror a los riesgos que ello podía ocasionar, tanto para el alma, como para la sepultura, como para el propio cuerpo y fortunas. (NÚÑEZ IGLESIAS³).

Según ARVIZU⁴, la similitud de las formas se reproduce en la etapa gótica, y es evidente en múltiples aspectos. También se percibe en la primacía de la sucesión legítima sobre la voluntaria, en una clara inversión del concepto romano de *successio*. Todo en consonancia con la importancia durante todo el período altomedieval de la comunidad patrimonial familia, que no es sino un reflejo del predominio de la familia sobre el individuo, idea de raigambre prerromana en la península y probablemente acentuada por la organización social germánica tal como la practicaron los godos durante su ocupación. La sucesión del grupo familiar desplazó a la sucesión testamentaria a título particular y es una de las causas que explican la decadencia de la institución de heredero voluntario o testamentario por su innecesidad, continuando el sistema gótico, ya que meramente se producía un cambio en la titularidad dentro del grupo familiar. No obstante, la idea de libre disposición de los bienes (no se olvide tampoco la otra clave de este período: la salvación del alma por medio de liberalidades) hubo de subsistir a través de medios indirectos como la *perfiliatio*, la intervención de intermediarios tales como los ejecutores testamentarios" o los abades u otros representantes cuando la donación se hacía a un monasterio, etc. En este sentido, la forma del heredero, en sentido amplio, no es un fenómeno excepcional del Derecho sucesorio altomedieval.

Siguiendo a CAMARA LAPUENTE⁵, es de interés <<delinear los rasgos del instituto de la *PERFILIATIO* antes de asimilarse plenamente a la adopción por influjo de la

³NÚÑEZ IGLESIAS, A. "El testamento por comisario". Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid. 1991. (pags. 30, 31, 32, 40 y 41; 103, 170, 209 y 244).

⁴ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. "La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media". EUNSA-Pamplona 1977. ; En palabras de este autor, "una cosa es que no se instituya heredero y otra muy distinta es que por otros medios el destinatario de disposiciones *mortis causa* no aparezca en una posición similar a la del heredero". (Pág 160 y s.s.).

⁵CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (en nota anterior, pág 150 y s.s.).

Recepción. Este instituto, cuya primera noticia la tenemos ya en el Breviario de Alarico, tenía por fin inmediato crear un vínculo artificial de filiación entre dos personas; su fin último era realizar un acto de naturaleza patrimonial >>. Según OTERO⁶, este negocio indirecto se utilizó entre los siglos VIII y XIII para eludir las consecuencias del principio de comunidad patrimonial familiar, pues el acto daba un derecho inmediato sobre la herencia por causas que explican la decadencia de la institución de heredero voluntario o testamentario por su innecesidad; era una consecuencia de la estructura del sistema gótico, ya que se producía un cambio en la titularidad dentro del grupo familiar. Y no obstante, la idea de libre disposición de los bienes, que es consecuencia de otro de los rasgos importantes de esta época, -la salvación del alma por medio de liberalidades- pudo subsistir a través de medios indirectos como la *perfiliatio*, que era la intervención de intermediarios tales como los ejecutores testamentarios, o los abades u otros representantes cuando la donación se hacía a un monasterio.

CAMARA LAPUENTE⁷ considera que el origen de estas figuras tiene su raíz en motivaciones religiosas. Para GARCIA GALLO⁸, eran frecuentes, como demuestra la documentación, las donaciones *pro anima* a la Iglesia, y más concreto, a los monasterios; en estos casos, no hallándose confirmado aún el concepto de persona jurídica en los primeros tiempos de la Reconquista, era una persona concreta, el abad generalmente, quien figuraba como titular y adquirente de los derechos cedidos *post mortem* a la iglesia o monasterio. Este "heredero" no era la dignidad o el cargo sino la persona concreta e individualizada que lo ejerce. Si la disposición sucesoria tenía efectos de tracto prolongado los abades futuros son nombrados *successores* del abad actual. Considera CAMARA LAPUENTE⁹, que la dificultad del estudio de esta época se debe a las especiales características de las fuentes. El Derecho vivido entre los siglos VIII y IX sólo puede analizarse por sus reflejos en las prácticas documentadas, ya que

⁶OTERO, A. "Realidad histórica de la adopción". A.H.D.E. (XXVII y XXVIII) 1957 y 1958. (Pág. 1143 y s.s.).

⁷CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (en nota anterior, pág. 151). Este autor explica que << las motivaciones de esta atribución piadosa de los bienes más bien en provenir de la religiosidad popular que de la influencia de algún pensador cristiano, si bien la Iglesia, como gran beneficiaria, promovió estas donaciones no sólo a través del ministerio y la confesión, sino incluso a través de la legislación canónica. En esta época surgió la "cuota *pro anima*" la "parte de Cristo" y otras instituciones que arraigaron en el pueblo y acapararon la porción de libre disposición, que también surgió en esa época, y las mismas disposiciones testamentarias>>.

⁸GARCÍA GALLO, A. "Del testamento romano al medieval". Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid, 1977 (Páginas 448 y 449, 458 y 459, 468, 489 y 490). Sostiene este autor que los ejecutores testamentarios tienen un origen espontáneo en la Edad Media y en diversos países de tradición romana común y no proceden del *Salmann* de la España Visigótica.

⁹CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (nota anterior, pag. 156).

no existen fuentes legales. Los documentos no responden a teorías ni dogmatismos y por ello acercan más a la práctica real, a costa de no facilitar la labor de la construcción genérica. La mayoría se conservan en los cartularios de los monasterios que fueron beneficiarios, y de ahí la dispersión de las actas, pues no existió un cuerpo notarial prácticamente hasta el siglo XIII. Además el Derecho altomedieval evoluciona a lo largo de los siglos, no es pétreo, lo cual tiene constancia también a través de los documentos. Su estudio es, pues, primordial. Este Derecho se verá plasmado a partir de los siglos XI y XII en los Fueros, que es la segunda fuente de la que dispone el investigador. De ahí nuestra división metodológica. Desde comienzos del s. XIII algunos Fueros extensos acusarán la romanización, con la consiguiente recuperación de la institución de heredero, lo cual marcará el tránsito hacia una nueva etapa.

2.- LAS INSTITUCIONES SEGUN LA PRÁCTICA DOCUMENTADA

1.- Testigos cualificados, especiales, excepcionales o extraordinarios.

A.- El testigo ordinario y la función testifical, instrumental o usual. En todas las disposiciones *mortis causa* era necesaria la presencia de testigos, como ya ocurría en el Derecho romano y en el gótico. Es una exigencia de seguridad jurídica. Estos testigos tenían por cometido habitual estar presentes bien en la redacción del documento (*actio*) o bien en el momento de la perfección de la escritura (*conscriptio*) o en ambas a la vez, para poder testimoniar después la existencia del negocio jurídico y su publicidad. Dentro de esta concepción de la función testifical, su posición podía variar algo, según los casos de su intervención, con relativo incremento de su importancia: así, en ocasiones, contribuían a la validez del acto en el sentido de conferirle una mayor seguridad y autoridad; en otras ocasiones, su intervención constituía una manifestación de consentimiento, en lo que se ha llamado "confirmación" del testamento, por lo que esos testigos solían firmar en el mismo. CÁMARA LAPUENTE¹⁰ recoge la opinión de BRAGA DA CRUZ¹¹, que <<encuentra la lógica de esta extraña función en ser ésta la manera de cumplir la exigencia de aprobación familiar de las enajenaciones. En otros casos, su presencia era una suerte de aceptación o corroboración de la liberalidad por parte del beneficiario o de su representante en caso de personas jurídicas>>. Así pues, cabía una triple

¹⁰CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (en nota anterior, pág. 153).

¹¹BRAGA DA CRUZ, G. "O Direito de tricolidade e regime jurídico do património familiar". Braga 1941 (Pág. 201).

función de misiones propias del testigo: testimonio, confirmación y roboración. Pero en todas ellas, como señala ALONSO LAMBAN¹², <<eran testigos, con ciertas investiduras añadidas>>.

B.- El “testigo cualificado” o lo que ALONSO LAMBAN¹³ llama “el juramento y las notas reservadas”. Al hablar de testigo cualificado por antonomasia, nos estamos refiriendo a aquel que recoge la voluntad del testador, se hace portador de la misma y finalmente la da a conocer; no es un notario exactamente, porque el notario asesora legalmente y ayuda a conformar técnica y legalmente la voluntad del testador, pero en definitiva cumple con algunas de las funciones del notario. Esto generalmente acontecía en el testamento oral. No se trata ya sólo de un testigo instrumental, presente en el acto y muchas veces desconocedor de los deseos sucesorios del *de cuius*, sino de un personaje que recibe esos deseos e instrucciones y los transmite y publica una vez muerto el testador; a través de aquel como se conoce la última voluntad de éste; esta función de testimonio privilegiado es distinta de la de ejecución de la voluntad revelada, que recae sobre los ejecutores así designados, aunque muchas veces iban unidas ambas funciones. Este tipo de testigos, absolutamente normales y habituales en esa época, son semejantes a los permitidos excepcionalmente por el *Liber Iudiciorum* en caso de estar el testador “de romería o en hueste”, y normalmente se trataba de servidores, que habían de declarar después ante obispos o el juez y recibir la ratificación regia (adveración). Para GARCÍA GALLO¹⁴, la declaración de estos testigos indicando la *voluntas defuncti* parece que debía estar avalada por un juramento, formalizado en las llamadas *condiciones sacramentorum*, cuya obligatoriedad para la adveración del testamento se recogió posteriormente en los Fueros. Un ejemplo paradigmático de esta publicación sacramental, tal como era usual hacerlo —jurando los testigos por Dios ante el altar ser lo que declaran aquello que vieron y oyeron del testador—, la tenemos en un documento del año 1024, interesante además por otros aspectos (ALONSO LAMBAN¹⁵). Por otra parte, es posible que el disponente, además de transmitir sus deseos al testigo de forma oral, le entregase unas instrucciones escritas informales y privadas para asegurarse de la

¹²ALONSO LAMBAN, M. “Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón” (Revista de Derecho Notarial) Separatas de V y VI- Julio y Diciembre de 1954; y IX-X- Julio- Diciembre de 1955. (apartado 56 en Pag. 112 y siguientes).

¹³ALONSO LAMBAN, M. “Las formas...” (Nota anterior, apartado 57 en pag.113).

¹⁴GARCÍA GALLO, A. “El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española”. (A.A. M. Notariado) X, 1959, pág. 260.

¹⁵ALONSO LAMBAN, M. (Nota anterior, pag. 152).

exactitud de su cumplimiento. En esta lógica, señala GARCIA GALLO¹⁶ que dada la minuciosidad con que en muchas de estas declaraciones, hechas bastante tiempo después de otorgado el testamento, se detalla la distribución de los bienes, se hace difícil pensar que, de no haber al menos una nota escrita complementaria, los testigos puedan recordarlas con tal precisión.

CAMARA LAPUENTE¹⁷ hace estudio de uno de los textos de la época para analizar la conexión con esta práctica de revelar la propia voluntad sucesoria a través de otro. Esto se encuentra en el supuesto frecuente de las actas, al redactar los testigos el testamento en primera persona como si hablara el propio muerto, <<en una especie de revivificación del difunto para disponer en presente>>. Un supuesto <<controvertido y sugerente >>, porque presenta el dato curioso de que es el Rey mismo quien otorga el testamento como si fuera el difunto, lo tenemos en un documento del año 1080 conservado en el Monasterio de Sahagún (ESCALONA¹⁸). Este texto merece nuestra atención por el motivo que se verá a continuación. No nos interesa aquí el curioso mecanismo de otorgamiento por el rey sino una cuestión casi *obiter dicta* y que se da por supuesta en el documento y queda sin explicación. Se cuestiona CAMARA LAPUENTE¹⁹ el sistema de fiducia por parte de los abades respecto de determinados bienes legados a la Iglesia. De esa práctica resultan los principios de la herencia de confianza (heredero- instrucciones secretas- revelación- ejecución), que es indudablemente un antecedente de la fiducia que posteriormente se plasma en las Compilaciones forales y en el siglo XXI en la nueva redacción del 831 del Código Civil. CAMARA LAPUENTE²⁰ entiende a la vista de este supuesto que no

¹⁶GARCÍA GALLO, A. “El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española”. (Op cit. pág. 247-276).

¹⁷CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, pág. 145 y s.s.).

¹⁸ESCALONA. “Historia del Real Monasterio de Sahagún” nº 115.

¹⁹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Pág. 146). Recoge el autor que << ¿Por qué el abad del monasterio, que es el heredero de todos los bienes entrega la mitad a la hermana? ¿Por qué motivo el causante no pudo o quiso disponer de esos bienes directamente en favor de la hermana en el testamento oral sino que, por el contrario, nombró heredero absoluto al abad y al monasterio? ¿Y por qué esa cesión si al redactar el rey la voluntad del causante, dice expresamente “*germane mee sine hereditate*”? Nos atrevemos a aventurar la conjetura, ciertamente endeble, pero única lógica a nuestro entender, de que el abad, conocedor de la voluntad oral del difunto no la revela haciendo un testamento escrito, sino ejecutándola directamente, como era uso frecuente en muchos territorios hispánicos; esto es, el abad, a la par que heredero, era un ejecutor de los deseos del difunto, a los que da cumplimiento cediendo —no se nos dice la naturaleza de esta cesión ni sus condiciones ¿temporal?, ¿usufructo?— la mitad de los bienes, destinadas al monasterio, para la hermana del causante. ¿Qué sentido, sino el cumplimiento de instrucciones precisas del testador, tiene si no esta cesión de los bienes por parte de un heredero universal y su posterior intento de reversión? La causa de esta cesión no se expresa en la redacción escrita de la voluntad oral. Por tanto, o se trataba de una instrucción reservada que el abad cumplió o este abad cometió un abuso al realizarla >>

²⁰CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, pag.148 y s.s.).

creemos que exista suplantación de la voluntad del testador por el Rey, ya que éste declaró oralmente su voluntad *in articulo mortis*, sino que, antes bien, se trata de una plasmación o "confirmación" escrita de su voluntad, similar a una publicación.

C.- El testigo con misiones de ejecutor que unía a la función testifical ordinaria las que hemos denominado cualificadas, y se fueron acompañando en muchos casos de funciones de ejecución testamentaria. Ambos oficios permanecían separados, pero el testador medieval, en aras de una economía de personas, un mayor sigilo en el contenido de sus deseos y una mayor eficacia en su ejecución, anudaba en una misma persona cometidos dispares. Como recalca ALONSO LAMBAN²¹, <<en ocasiones la misión del testigo iba unida a finalidades diversas; pero, advirtámoslo desde el principio, ello no disminuye ni varía su condición de tal, suponiendo solamente el que, además de ese tuviese otros cometidos>>. Explicando la conjunción de ambos institutos, señala este autor con acierto que <<la función testifical en esta materia iba a veces unida a otra figura análoga no bien estudiada hasta hoy en nuestro Derecho: el ejecutor, y la razón es obvia: mientras el testigo no había de ocuparse de llevar a efecto la voluntad del causante, el ejecutor bien podía dar razón de cuál fuera la disposición de donde nacía su oficio>>. Otra parte de la doctrina, como CAILLEMER, MÉREA, ARVIZU, NUÑEZ IGLESIAS, GARCIA GALLO y CAMARA LAPUENTE²² ponen de relieve esa asociación de funciones en múltiples documentos, y la difusa línea de separación entre ambas en los testamentos. El autor que recopila esta doctrina, CAMARA LAPUENTE (22) expone, que además del testigo que recibe la declaración oral del disponente y tiene también por misión revelarla y ejecutarla materialmente (hacer la distribución de los bienes, entregar las limosnas, liberar siervos, etc.), que es el supuesto prototipo, se dieron en el período medieval otros supuestos usuales; el mismo autor recoge exhaustivamente numerosos casos: por ejemplo, la *commendatio in mano*, es decir, poner una cosa en el derecho o bajo el poder o *manus* de una persona; el testigo con meras funciones probatorias que podía recibir el testamento escrito y cerrado para su custodia y averiguación; la *commendatio* en esta época admite también el sentido de apoderamiento sobre los bienes para su destinación, función de la que, como las vistas, podía ser investido un testigo-ejecutor. Aquí es donde está el auténtico

²¹ALONSO LAMBAN, M. "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón" (Op. Cit. pag. 114 a 119)

²²CAILLEMER-MÉREA-ARVIZU-NUÑEZ IGLESIAS-GARCÍA GALLO. Mencionados todos en CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Nota anterior, pág 149).

antecedente de la fiducia sucesoria del cónyuge facultado para distribuir y mejorar, que se diferencia del heredero de confianza en la ausencia de titularidad sobre los bienes, que desde el principio pertenecían a los herederos aunque pendientes en cuanto a la proporción de la distribución del testigo-ejecutor. También podía darse una confusión de funciones en la figura del *fideiussor*, nombre que recibía el testigo del acto *mortis causa* al que se le encargaba que defendiera, garantizara y vigilara el cumplimiento del contenido del testamento, no sólo frente a los interesados, sino también frente a otras personas. Una forma de reforzar esa función en un testigo fue hacerle ejecutor.

D.-El confesor como testigo especializado y excepcional. Era habitual que una persona postrada en el lecho de muerte asistida sacramentalmente por un sacerdote, y que desea disponer el destino de sus bienes, podía hacerlo ante este confesor, que devenía de esta forma testigo único; lo habitual era que el moribundo confesante que, no habiendo arreglado antes su sucesión, utilizase a su confesor para cambiar ésta de intestada en testada ante ese testigo excepcional, para evitar así graves males; siguiendo a CAMARA LAPUENTE²³, el disponente, *in articulo mortis*, revelaba oralmente su voluntad al confesor, encargando a su "fe" generalmente legados píos que tenían la doble finalidad de obtener el perdón de pecados que exigían restitución (desagravios imponibles por la confesión o por su conciencia), de forma que se producía la remisión de las penas temporales por sus pecados. Los herederos podían discutir estas disposiciones pías que sólo tenían por testigo al confesor, aunque no se solían oponer a ellas por el bien eterno del causante. La Iglesia se mostró favorable a su admisión. Esta forma de disponer no era un testamento oral, por faltar el número de testigos suficiente, ni era un testamento canónico ante párroco, porque para otorgar éste se exigía al menos un testigo más o, en ocasiones, dos o tres. En este tipo de testamento no quedaba en manos del confesor hacer ninguna disposición piadosa, sino sólo revelarla; en este sentido era un testigo especialmente cualificado, único conocedor de la voluntad del difunto, que se confió a él para que la revelara; y además era un testigo excepcional, pues sólo era posible su intervención en caso de muerte inmediata. Al no efectuar él disposición piadosa alguna, sino sólo revelar la del difunto, NUÑEZ IGLESIAS²⁴ considera, con exactitud, que no se trata de un testamento por comisario, a pesar de que

²³CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Op. Cit., pag. 150).

²⁴NUÑEZ IGLESIAS, A. "El testamento por comisario". Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid 1991. (páginas 170 y 209).

este encargo, en el que sólo la *declaratio* queda en manos de otro, fuera asociado por la glosa al testamento por comisario.

2.- Los ejecutores testamentarios. El ejecutor testamentario era una institución que surgió del precedente romano del mandato *post mortem* o bien derivó de la influencia germánica que conocía con anterioridad figuras similares es cuestión arduamente debatida por la doctrina (GARCIA GALLO²⁵) y de difícil prueba, debido a la escasez y dispersión de las fuentes disponibles. Lo único claro es que a partir del s. VIII existen documentos que acreditan la existencia de estos ejecutores testamentarios conformados por unas características originales; personajes que surgen casi al mismo tiempo en zonas diversísimas de toda Europa. Hemos analizado como en la época post-clásica del Derecho romano surgieron en la práctica del foro figuras basadas en el mandato y la confianza *post mortem*. Además existen supuestos similares en el Derecho romano vulgar y en el gótico. Todas estas prácticas crearon los presupuestos necesarios para el surgimiento de una institución de rasgos novedosos que son conclusión de aquellas características primarias de las otras figuras (CAMARA LAPUENTE²⁶). Y es así que surgieron estas formas, en países que no se regían por un mismo Derecho. Estos ordenamientos tenían un acervo histórico, un sustrato común que les confería un sentido jurídico que reaccionará uniformemente ante parecidas situaciones". Una suerte de confirmación de la pauta ensayo-error. Todo ello, naturalmente, sin desdeñar la enorme influencia que tuvo en la configuración del ejecutor el elemento germánico y, en especial, la figura del *Salmann*.

Las causas del nacimiento de los ejecutores pueden ser las siguientes. Según ARVIZU²⁷, por una parte, al no haber heredero instituido falta alguien con interés directo en que se cumpla la última voluntad del fallecido, además de que nadie estaría obligado a cumplirla; por otra parte, la desaparición de la curia imposibilita guardar el documento donde se contiene la disposición, a no ser que se confíe a alguien o que durante la vida del otorgante se hubiese hecho cargo de él un monasterio; además, al ser la sociedad de la Alta Edad Media eminentemente rural, era difícil encontrar escribas; el

²⁵GARCÍA GALLO, A. "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española". (Op. Cit. pág. 260).

²⁶CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pág. 149).

²⁷ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. "La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media" EUNSA-Pamplona 1977 (Pág. 269 y s.s.).

propio interesado no está en disposición de otorgar el documento. MÉREA²⁸ aporta dos causas más de este surgimiento: en primer lugar, la desconfianza “justificada” de los testadores respecto a su familia los lleva a escoger preferentemente personas desinteresadas para la ejecución de su voluntad. En segundo término, no sólo era el ejecutor o intermediario el único recurso para hacer liberalidades si se encontraba en trance de muerte, sino que, además, de su uso se derivan ventajas prácticas para el beneficiario, que solía ser una entidad o persona física que poseía una carta-título otorgada por el ejecutor, en contraste con su posición jurídica si sólo alegase en su favor una declaración formal del moribundo. Siguiendo a CAMARA LAPUENTE²⁹, se debe entender que, en un clima en que se generalizaron las liberalidades *mortis causa*, piadosas o no, existían diversos motivos para no efectuarlas directamente. En cuanto a los nombres empleados para designar a los ejecutores testamentarios, no son homogéneos, e indican la función que cumplen esas personas. En la península ibérica comienza a denominárseles tempranamente como '*elemosinarii*' por ser los encargados de repartir las limosnas *pro anima* ordenadas por el testador. Esta expresión se encontraba ya muy extendida para el s. X en el Pirineo catalán y aragonés y es menos frecuente en el noroeste de la península. Posteriormente será relegada por otros términos. Así por ejemplo CAMARA LAPUENTE³⁰ recoge numerosas acepciones, las que se derivan de la idea del mandato póstumo del testador que está presente en múltiples vocablos como '*mandatarii*' o bien '*ivicarii*' o '*vigarios*', que actuaban *in vice et in persona* del testador. También indicaban esta idea las palabras '*prepositus*' o '*personarius*' o circunloquios como '*fiat in potestate*' o '*fiat in manus*'. Estas expresiones de "dejar en mano de" o "bajo mano de" eran muy usuales en los siglos XI y XII en la península e hizo frecuentes y perdurables los calificativos de “*manufideles*”. En el centro de Europa y en las zonas de influencia del Derecho gótico fueron habituales estas figuras sucesorias. Algo más tardíamente aparecieron las denominaciones '*cabezales*', '*cabezaleros*' o '*espondaleros*', entre los siglos XII y XIII, sobre todo en Castilla y en la zona navarro-aragonesa. Pero según CAMARA LAPUENTE³¹, estas expresiones se encuentran sólo en textos extensos y evolucionados y serán casi las únicas usadas en los Fueros y en recopilaciones legales posteriores.

²⁸MÉREA. “Sobre los orígenes del testamento hispánico” “Sobre el testamento hispánico no seculo VI”. (Pág. 11).

²⁹CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior, pag. 150).

³⁰CÁMARA LAPUENTE, S. (En nota anterior) (Pág 150 y s.s.).

³¹CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior, pag 150 y s.s.)

Otro conjunto de denominaciones y nombres expresan las facultades, funciones y poderes amplios y extraordinarios de los ejecutores para distribuir ciertos bienes o todo el caudal del *de cuius*. Esta misión comprende un amplio abanico, desde dar limosnas en dinero a un grupo de pobres hasta ordenar la sucesión del causante con unas mínimas instrucciones o prácticamente a su arbitrio y buena fe (NUÑEZ IGLESIAS³²). A esto respondían los términos “*distributor*”, “*dispensator*” y “*ordinator*”, para este tipo de ejecutor, que en Cataluña y la Septimania gozó de amplísimos poderes decisorios (GARCIA GALLO³³). Así pues, los términos como “*testamentarios*” no son frecuentes en este período (ARVIZU³⁴). Para este autor, la acepción “*Executor*” es una creación léxica influenciada por el Derecho canónico, y tampoco será lo más habitual en estos siglos. Y sin embargo, las de “*Commissarius*” y “*fideicommissarius*”, que reflejan también la idea del mandato y confianza, serán usados, como quedó dicho, a partir del s. XIII, siendo su uso moneda corriente entre los glosadores. Por último, CAMARA LAPUENTE³⁵ entiende que se dieron muchos otros nombres que reflejaban misiones concretas de los ejecutores, como el mencionado *supra*, *fideiussor*, que estaba encargado de terceros; ‘*rector*’, ‘*tertius*’, ‘*amicus*’ mencionados por GARCIA GALLO³⁶, que implican los lazos de afectividad y confianza depositada y, en ocasiones, sirve para designar a parientes próximos, como por ejemplo el ‘*tutor*’ —cuando se le encarga velar por los familiares del difunto—. Para CAMARA LAPUENTE³⁷, sin embargo, no supone en cambio, denominación de los ejecutores el calificativo de ‘*hombres buenos*’; éstos no eran designados por el disponente, sino que aparecían *ope legis* (así consta en los Fueros breves), caso de morir sin disposición de bienes. No ejecutaban, pues nada se les ordenó, sin que los ‘*hombres buenos*’ tienen a su cuidado el caudal relicto según su prudente arbitrio. ARVIZU³⁸ sostiene esta teoría que, no obstante, no comparten otros historiadores del derecho (GARCIA GALLO³⁹).

La naturaleza de los derechos del ejecutor depende de la voluntad del disponente y de las soluciones concretas dadas a las exigencias que en cada momento se plantean. Así,

³²NUÑEZ IGLESIAS, A. “El testamento por comisario”. Op. Cit. (Pág. 65 y s.s.).

³³GARCÍA GALLO, A. “El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española”. (Op. Cit. pag. 260).

³⁴ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. “La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media” (Op. Cit. Pág. 269 y s.s.).

³⁵CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior en pag 151 y s.s.).

³⁶GARCIA GALLO, A. “El problema de...” (Nota anterior, en pag. 263).

³⁷CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior, en pag. 263).

³⁸ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. “La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media” (Op. Cit. Pág. 269 y s.s.).

³⁹GARCIA GALLO, A. “El problema...” (Nota anterior, en pag.262).

por una parte, el ejecutor es un mandatario del testador, pues su actividad está delimitada y condicionada por la voluntad del disponente; obrará como un *alter ego* del difunto, según sus concretas órdenes. Como pusiera de relieve MÉREA⁴⁰, ello se refleja en el uso constante del verbo '*mandare*' y sus derivados, "*vice sua*", "*vicarius*", o "*per manus*", simbolizando la mano las ideas de mandato y representación. La otra cara de la naturaleza del ejecutor es su faceta de "ejecutor-sucesor" o, como se le ha llamado tradicionalmente, "intermediario de la transmisión", que es la persona investida de un derecho sobre los bienes y que como titular de ese derecho da cumplimiento en su propio nombre a los deseos de garantizar el testamento y su validez frente del difunto; esta posición se asemeja mucho a la del *Salmann* germánico. La forma de otorgar al ejecutor ese *ius* sobre los bienes del causante era no tanto una *traditio*, sino una *commendatio in manu*, poniendo los bienes en confianza bajo su poder, o bien, medios indirectos como el ya analizado de la *perfiliatio*. En los documentos aparece un derecho autónomo del ejecutor sobre esos bienes, quien dona en su propio nombre las cosas que le fueron encomendadas con tal encargo; a tal efecto, era habitual que expidiera el ejecutor una "carta" de transmisión de los bienes que servía de título a los beneficiarios. CAMARA LAPUENTE⁴¹ considera que el ejecutor testamentario vino a sustituir la función jurídica en ausencia de los herederos voluntarios.

Ya hemos analizado las diferentes funciones que pueden darse en la figura del ejecutor. Resumidamente las describe CAMARA LAPUENTE⁴², y son: en primer lugar, la publicación de una disposición oral, en clara identificación con la función testifical, sobre lo que volveremos enseguida. En Castilla generalmente no existen documentos de

⁴⁰MÉREA. (Op.en nota anterior) (Pág. 16). Analiza MÉREA con precisión este dato al decir que "sería desconocer completamente la atmósfera jurídica medieval atribuir a este *ius* el valor de un verdadero *idominium* como si se hubiesen mantenido inalterados los cuadros romanos. Por lo tanto nos encontramos ante lo que podemos designar como 'propiedad fiduciaria' [*propriedade fiduciária*], tomada la fiducia en el sentido más lato. Este derecho fiduciario abarcaba los poderes necesarios para dar el destino encomendado, y si se tiene presente que una de esas funciones era distribuir los bienes, necesitaba un derecho amplio para poder donarlos o venderlos.

⁴¹CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (pág. 157 y s.s.). lo describe en el sentido de que de esta forma,<< el ejecutor era, a la vez tenido por un mandatario del autor de la liberalidad y también investido por éste de un poder sobre los bienes circunscrito a la destinación indicada en aquel mandato, revestido de la forma de *commendatio*. Esta posición simbiótica es producto de la mentalidad de la época, y puede concluirse que, en ciertas ocasiones, el ejecutor testamentario llenó el hueco dejado por la ausencia de herederos voluntarios, cuando el disponente deseaba efectuar mandas liberales. Esta faceta de sucesor limitado —fiduciario, diríamos— la pone de relieve NUÑEZ IGLESIAS cuando dice que al ejecutor "se le encomienda todo lo que el testador deja tras de sí: personas y bienes. El es el sucesor en la personalidad del difunto: ocupará sus bienes, cobrará sus créditos, pagará sus deudas. Pero es un sucesor momentáneo, por el tiempo que dure la liquidación; a no ser que a la vez sea tutor, pues entonces prolongará durante muchos años más esta sucesión en la personalidad del difunto">>

⁴²CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Nota anterior, en pag. 158 y s.s.)

publicación solemne del testamento oral porque dicha publicación se sobreentiende por los actos dispositivos efectuados. También se les encomendaba el testamento escrito para su averación y publicación. En segundo lugar, pueden estar encargados de la ejecución material de la disposición sucesoria, siguiendo las instrucciones expresas del testador. Aquí puede encuadrarse la función de quien haga entrega de las liberalidades piadosas. También podía recibir el ejecutor encargos de carácter profano, aunque era más infrecuente. Para efectuar la entrega, normalmente el ejecutor redactaba la carta, *testamentum* o *scriptura donationis* que habría establecido el mismo disponente. De éste podía recibir, igual que vimos que sucedía para los testigos, anotaciones escritas informales para mejor cumplir. Así pues, era el encargado de liquidar la sucesión, cobrando y pagando las obligaciones del *de cuius*. Dentro de esta ejecución material del testamento, cupieron también misiones más extraordinarias, algo más tardías en el tiempo, como la distribución de los bienes sin órdenes precisas, sino muy genéricas, del testador, o incluso con facultades para modificar algunos legados del causante, o con libertad para distribuir bienes que el causante dejase sin destino, con o sin consejo de otra persona, lo cual es el *sumum* en las facultades del ejecutor. En tercer lugar, tutela de la disposición de última voluntad, en diversos sentidos: como responsable de su defensa ante cualquier controversia suscitada sobre la validez del testamento; como vigía del mantenimiento de la situación creada por el mismo y del empleo que a los bienes den los beneficiarios; como intérprete de cláusulas oscuras. De esta tutela del testamento surge otro de sus cometidos, esto es, ser arbitrador en las disputas entre los herederos legítimos. En cuarto termino, la tutela de los hijos y la familia del difunto; si bien esto, que es usual en otras zonas de Europa más influidas por el Derecho gótico, apenas se dio en la península ibérica (salvo en Aragón por su vinculación a Francia). Entre otras misiones se encontraba también ordenar las exequias y funerales del finado. En quinto y último lugar, la interpretación del testamento; de todas estas facetas interesa particularmente en nuestro estudio aquella en que los poderes de ejecución material se unen a las funciones testificales en la misma persona, porque de eso se trata la fiducia sucesoria; sirva todo lo dicho al hablar de los testigos con misiones ejecutivas, en relación con las *condictiones sacramentorum*, posibles instrucciones escritas. CAMARA LAPUENTE⁴³ llama la atención sobre una figura absolutamente original surgida en la era altomedieval: los *cabezaleros* o *espondaleros*. Es respaldado por las

⁴³CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior, pag. 159 y s.s.).

conclusiones a las que llegó ALONSO LAMBAN⁴⁴ tras un detallado estudio de esta figura en los documentos y los fueros. Resumiendo su esencia, este autor afirma que <<se trataba de una figura mixta del ejecutor testamentario y del testigo. A veces podían no estar presentes en el otorgamiento, en cuyo caso, su misión era la de un simple ejecutor, y no es fácil inducir una posibilidad de testificación ni aun en la *conscriptio*. A veces se hallaban presentes bien en la *actio*, bien en la *conscriptio*, según nos demuestran los documentos, y en tal caso su configuración como posibles testigos es innegable sin que ello disminuya ni en un ápice su misión de ejecutores. En otras, presentes en el otorgamiento, aceptan el cargo y su función se asimila así a la de un mandato ejecutorio *post obitum*>>. En conclusión, los cabezaleros o espondaleros, además de ejecutores, eran también testigos, si el disponente no nombraba personas específicas como testigos; estas consideraciones no son sólo aplicables en el Derecho navarro-aragonés, y si lo son en otras regiones peninsulares, pues otros autores han puesto de manifiesto, como se dijo, la combinación ejecutores-testigos.

3.- **Otras figuras con diversas facultades en la sucesión del causante.** Era usual el *testamentum loco* entre los siglos XI a XVI, por el cual un pariente no rogado ni encargado para ello por el difunto redactaba testamento para destinar piadosamente los bienes en su nombre, cuando él no lo había hecho. No existían ni instrucciones ni encargos del testador, sino una subrogación en la disposición por iniciativa propia de los parientes, para contribuir al bienestar ultraterreno del difunto. Esta costumbre se extendió para cubrir la cuota piadosa obligatoria de los que morían intestados y fue fomentado por los principios del Derecho canónico, como veremos posteriormente; también fue uso normal durante mucho tiempo que los obispos supervisaran *motu proprio* la ejecución de las liberalidades pías, en especial, de las que cubrían la cuota *pro anima* obligatoria. Y por último, señala CAMARA LAPUENTE⁴⁵, algunos ejecutores con amplísimos poderes a cuyo arbitrio quedaba la disposición y que fueron configurando la institución del testamento por comisario, en el que no se ejecutan instrucciones recibidas, sino que se dispone según propia voluntad la sucesión de otra persona, y que es antecedente más parecido a la figura del cónyuge facultado para mejorar y distribuir que se recoge en las redacciones originarias de los primeros textos del Código Civil.

⁴⁴ALONSO LAMBAN, M. “Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa”, Temis, nº 12, 1962.

⁴⁵CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en pag. 160 y s.s.).

En conclusión, con CAMARA LAPUENTE⁴⁶ sintetizamos la evolución de estas figuras. Los testigos, especialmente cualificados por ser los encargados de conservar y trasladar la voluntad del finado, continúan la tradición de los comendatarios y los nuncios de la época gótica. A partir del s.VIII surge en toda Europa la figura de los ejecutores testamentarios, los cuales pueden alcanzar una posición de *quasi here*; ambos institutos se muestran entrelazados en ocasiones a lo largo del Derecho altomedieval, con lo cual un sujeto que aparece como sucesor y responsable de la liquidación del patrimonio del causante tendrá el encargo encomendado a su confianza, pues sólo él (o ellos, pues podían ser varios) conocerán una voluntad que recibieron como testigos y le darán cumplimiento. En palabras de ROCA SASTRE⁴⁷, <<si a estos *manumissores* se les comunica confidencialmente por el causante su voluntad, lo que implica que en el testamento sólo ellos y no los destinatarios reales aparezcan, tenemos la herencia de confianza, y una vez el heredero de confianza revele la voluntad del *de cuius*, deviene pura la figura de los *manumissores*>>. Y en sinopsis de CAMARA LAPUENTE⁴⁸, estas consideraciones sirven para el análisis de la figura que nosotros estudiamos, porque los ancestros de la facultad de mejorar y distribuir del 831 CC son los mismos que los de la herencia de confianza, comisarios contadores, distribuidores, ejecutores de zonas forales, así como de la más conocida fiducia sucesoria aragonesa, que es la autentica figura importada por el legislador de Derecho Civil común para atemperar el sistema legitimario castellano. Como ha dicho GARCIA GALLO⁴⁹, el estudio de la Alta Edad Media es de suma importancia porque en esta época se forjaron la mayor parte de las instituciones reconocidas en los diferentes Derechos españoles y europeos como evolución de la fiducia romana que anteriormente hemos estudiado con detalle.

⁴⁶CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Nota anterior, en pag. 161 y s.s.).

⁴⁷ROCA SASTRE, R.M. “Estudios sobre sucesiones” y “Estudios de Derecho privado”. Tomo II- Sucesiones (autores Roca Sastre y Puig Bretón) E. ISBN 978-84-9903-179-8 Editorial Aranzadi- Marzo 2009 (Pág. 104 y s.s.).

⁴⁸CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Pág. 161 y s.s.). Señala este autor: <<de esta forma, se presentan ciertamente dos elementos esenciales en la naturaleza del heredero de confianza: ser testigo cualificado y ser ejecutor testamentario. Faltará para completar la terna su consideración externa y temporal como heredero puro. Esto se producirá a partir de la Recepción en el siglo XIII, con la recuperación del testamento a la romana, de la idea del heredero (eclipsada en la Alta Edad Media) y del instituto genuino del fideicomiso secreto romano. La influencia románico-canónica enriquecerá con nuevos matices esta figura en gestación. Algunas de las instituciones estudiadas se han afirmado con posterioridad como precedentes de ulteriores formas sucesorias por conjugación de diversos factores, como es el caso de los actuales testamentos abiertos ante testigos en Navarra y Aragón, o el testamento sacramental catalán, el testamento ante párroco de varias regiones forales o el testamento “il-buruco” vizcaíno >>

⁴⁹GARCÍA GALLO, A. “El problema...” (Nota anterior, en pág. 149-250).

3.- FUENTES EN DERECHO ESPAÑOL: ALGUNOS FUEROS

3.1 FUEROS EN EL DERECHO CASTELLANO

3.1.1.- Fuero de Sepúlveda⁵⁰. No regula este Fuero en sus orígenes la institución de los ejecutores testamentarios de ningún tipo –ni los encargados de distribuir ni los herederos de confianza-, y sin embargo fue el texto que sirvió de fuente en la elaboración del Fuero de Cuenca que veremos, y que si trata, como analizaremos, este instituto. Los títulos dedicados al fenómeno sucesorio son escasos y se centran en la exención de la mañería, el principio de troncalidad y la sucesión de los parientes y del cónyuge. Únicamente al hablar de la parte de libre disposición y, en concreto, de las mandas por el alma, encontramos un indicio de la ejecución testamentaria, del que no es posible extraer grandes conclusiones.

Resulta del título 62⁵¹ en lo que nos concierne, *"aquél en cuya mano dexaren su alma"* es la persona, sea o no heredero que está encargada de cumplir las órdenes del testador. El Fuero dispone que si esa persona es el mismo heredero no puede adquirir la herencia hasta que cumpla el destino. Y si se trata de otra persona, que es el objeto de nuestro estudio, quedarían en su poder los bienes que le han sido entregados para cumplir las mandas por el alma, aunque los parientes pueden exigir el cumplimiento. No se señala en el Fuero un aspecto importante para nuestro estudio, esto es, si sólo el "apoderado" conoce el destino de esos bienes, lo que a juicio de CAMARA LAPUENTE⁵² en indicativo de que caben los encargos secretos.

3.1.2.- Fuero de Cuenca⁵³. Tanto en este Fuero y su familia como en otras sólo se apunta el cometido de los cabezaleros, especialmente al referirse a la impugnación del testamento. No se suelen esbozar los requisitos de su nombramiento, ni su idoneidad, ni otros extremos hasta Fueros más evolucionados como el de Soria y el Fuero Real. En el Fuero de Cuenca la función primordial de los '*cabezales*' es la de ejecutores testamentarios; así se constata también en las traducciones romanceadas del texto latino

⁵⁰SAEZ, E. "Los fueros de Sepúlveda". Edición crítica-apéndices documentales- Segovia 1953 (Pág. 82 y s.s.).

⁵¹<< Título 62: De las mandas: Otrossí, todo omne o toda muger que mandar quisiere por su alma, de toda la ganancia que ganaren ella e él, mande cada uno cuanto mandar quisiere, e non ge lo pueda ninguno refertar; et qui lo refertar, nol vala. Et en cuya mano metiere su alma, non haya ninguno poder de heredar fasta o su alma sea pagada. Et si non vieren ninguna ganancia fecha de qué lo manden, manden lo que ovieren heredado fasta XX mas., cada uno por sí; esto finque en poder de aquél en cuya mano dexáren su alma, assí como sobredicho es. Et aquél en cuya mano lo lexaren e non quisiere pagar lo que mandó, délo doblado, e parientes del muerto sean poderosos de affincárgelo">>.

⁵²CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (Nota anterior, en pág. 162).

⁵³ARVIZU Y GALÁRRAGA. "Las formas testamentarias en el Derecho Español- Alta Edad Media" (visto en nota anterior) (Pág. 323 y s.s.).

del Fuero de Cuenca, que son el Fuero extenso de Zorita de los Canes⁵⁴ y el de Iznatoraf⁵⁵, que traducen '*capitales*' por albaceas. No obstante, tanto el Fuero de Cuenca como los otros dos citados y el resto de la familia que forman afirman su misión testifical, pues ante la impugnación del testamento por los herederos legítimos los cabezaleros afirmarían el testamento y su testimonio será creído. Su función probatoria de testigos es patente, sin más pruebas ni garantías (juramentos). Del Fuero de Cuenca⁵⁶, resulta expresiva la admisión de cabezaleros en la versión de testigos cualificados en las formas testamentarias.

3.1.3.- Fuero de Teruel⁵⁷. El Fuero de Derecho aragonés presenta gran similitud con el Fuero de Cuenca, que tanto influyó en aquel; aunque Teruel tuviese su propio Fuero anterior, reelaborado entre los siglos XIII y XV bajo la influencia del Derecho de Extremadura por vía del Fuero de Sepúlveda. El texto⁵⁸ en que se trata de los cabezaleros es también claro en lo que se refiere a que los cabezaleros hacen su función de fiducia de forma completa.

3.1.4.- Fuero de Guadalajara⁵⁹. Se trata de una excepción en el sistema legislativo de esta época. El extraño texto del Fuero prohíbe la existencia de '*testamentarios*' — único ejemplo de esta denominación en todos los Fueros— para distribuir las limosnas de la cuota *pro anima*, ya que habían de hacerlo los parientes y, de no existir éstos, darían los bienes por el alma los vecinos (*buenos homes mozarabes*). El texto⁶⁰ pertenece al Fuero breve o carta puebla de Guadalajara, que fue concedido a sus vecinos por el Rey Alfonso VI en el año 1133⁶¹. Sin embargo, cuando se concedió el

⁵⁴UREÑA Y SMENJAUD. "El Fuero de Zorita de las Canes y sus relaciones con el Fuero de Cuenca y el romanceado de Alcázar". Madrid 1910. (en todo su contenido, resumido)

⁵⁵UREÑA Y SMENJAUD. Fuero de Iznatoraf en "Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática; texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf." Edición crítica por R. UREÑA Y SMENJAUD, Madrid 1935 (Pág. 285 y s.s.).

⁵⁶UREÑA Y SMENJAUD. "Fuero de Cuenca....." (Nota anterior, pág. 284). Traducción de A. VALMAÑA VICENTE- Edición Tomo 2ª- Cuenca-1978). Recoge <<*De testamento quod heredes negauerint.Si heredes testamentum negauerint, firment capitales, et credatur eis: capitales ad testificandum sufficiunt magister et quidam vicinus*>>.

⁵⁷GOROSCH. El Fuero de Teruel. Stockholm, Upsala, 1950. (Pág. 280 y s.s.).

⁵⁸<< *Fuero de Teruel, 444. De negamiento de testament. Si por aventura alguno de los herederos o todos negaren el testament, firmen los cabezaleros, como el fuero manda, e sean credidos; mas a riepto non respondan los cabezaleros. Mas los cabezaleros a testimoniar [bastan]: el maestro con un vecino o con su escolano, después que fuere de XII annos, como es fuero*>>.

⁵⁹MUÑOZ Y ROMERO. "Colección de Fueros municipales y cartas pueblos de los reinos de Castilla león, Corona de Aragón y Navarra", Madrid 1847 reeditada por Ediciones Atlas, Madrid 1972. (Pág. 505 y s.s.).

⁶⁰"*Testamentarios non hayades halli; mas si hubiere gentes que hereden, hereden las quatro partes, y la quinta denla por su alma; y si no hubiera alguna gente que herede, denlo todo por su alma segun alvedrio de buenos homes Mozarabes*".

⁶¹H. KENISTON. Fuero de Guadalajara. Editado en 1924 y reeditado en 1965.

Fuero extenso a Guadalajara en el año 1219 por Fernando III, no se conservó este pasaje excepcional e insólito. En el Fuero extenso no existe disposición alguna sobre los “*testamentarios*”.

3.1.5.- Fuero de Soria⁶². El Fuero de la capital de la Extremadura castellana es de suma importancia para el estudioso, pues ningún Fuero municipal ha ejercido en la legislación española una influencia tan grande como el de Soria, influencia verificada a través del Fuero Real. La extensa regulación que el Fuero soriano hace de los ‘*caberales*’ se manifiesta en los pasajes que posteriormente existen también en el Fuero Real con leves discrepancias gramaticales que corresponden a un lenguaje más evolucionado. Veamos sistemáticamente este tratamiento legal, que acusa la influencia por partida doble del Fuero latino de Cuenca y del *Liber Iudicum*, amén de ciertas ondas de romanización, como muestra la incipiente mención de los herederos. En primer lugar, el Fuero de Soria consagra la obligatoriedad de cumplir las disposiciones testamentarias, así como su revocabilidad⁶³. Tras reconocer cuatro formas válidas de otorgar testamento, a saber, por escrito de un escribano público, por escrito con sello del que hace la manda o con sello conocido y fidedigno, o bien, testamento oral (“*por buenas testimonias*”), el Fuero nos presenta un pasaje expresivo⁶⁴ en el que se aprecia del primer inciso, la pervivencia de la disposición del *Liber Iudicum* de que los testigos han de ser rogados o convidados para asistir al acto, oriunda del Derecho romano. El segundo inciso señala el supuesto de que algo haya sido ordenado en favor de un testigo, en cuyo caso no puede este personaje testimoniar en lo que le fue “*mandado*”; parece que habrá de recurrirse, caso de discrepancia sobre este extremo, a la declaración de otros testigos. Pero por fuero no es posible desechar su testimonio en el resto de las cosas que no le pertenecieren. Luego un testigo podía recibir mandas, legados, sin dejar de ser testigo (en lo restante). Veremos después que la regulación del Fuero Real difiere algo de ésta, al aludir a nombrar como herederos a los testigos. Por último, es importante prestar atención a los textos atinentes a los ‘*caberales*’. En primer lugar, se regulan por primera vez en la historia de los Fueros los requisitos que deben reunir los ‘*caberales*’ para

⁶²SÁNCHEZ, G. “Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares”. Centro de Estudios Históricos. Madrid 1919. “El Fuero de Soria”, (Pág. 258).

⁶³MARTÍNEZ DÍEZ, G. “El Fuero Real y el Fuero de Soria”. Anuario de Historia del Derecho Español. 1969. (Pág. 545 a 575).

⁶⁴<<306: “*Cuando alguno fiziere su manda, las testimonias que quisiere que sean en ella fagalas rogar olas ruegue, ca si non fueren rogadas o convidadas non deven seer pesquisas de la manda. Et maguer que la manda sea alguna cosa mandada a algunos dellos, non puedan desechar el testimonio en las otras cosas que a el non pertenecieren; mas non puedan seer testimonias en aquello que a el fue mandado*”>>.

desempeñar su encargo, o, por mejor decir, se dice quiénes están absolutamente impedidos por el Fuero para ser '*cabezales*'. Esto es propio de un cuerpo legal ya evolucionado y con tendencia a una regulación completa. De los preceptos 302 y 307 resulta así⁶⁵.

CAMARA LAPUENTE⁶⁶ entiende que el origen de la figura está indudablemente en los cabezaleros de esta época. En otros preceptos, que podrían servir de garantía y límite (a modo de condición resolutoria según el destino) para la actuación de los cabezales, parece indicar la idea de ser sólo para mandatos *inter vivos*, con la consiguiente convalidación *post mortem* de la entrega, pues no debe olvidarse que estos preceptos están integrados en el título XXII del Fuero, que versa sobre los testamentos.

El Fuero también contempla la no aceptación del cargo de cabezal, con sus consecuencias, así como la irrenunciabilidad una vez aceptado, lo cual implica responsabilidad frente a los beneficiarios en 310⁶⁷. Completa la referencia a los

⁶⁵<< 302: "Ningún siervo, nj religioso, nj omne nj muger que [non] ssea de hedat, nj loco, nj herege, ni judio, nj moro, nj mudo, nj sordo por natura, nj omne que ssea dado por alevoso o por traydor, nj omne que ssea yudgado a muerte, nj omne que ssea echado de tierra, non puedan seer cabales en ninguna manda">>. Las funciones de los cabezales, sus facultades y forma de actuación se manifiestan en que su principal misión es la ejecución material de la disposición de última voluntad. Así pues el texto más expresivo: << 307: "Si el omne que fiziere manda ouiere herederos fuera de la tierra, e los cabecales que dexare pagaren la manda assi comino lo mando el muerto, e los herederos dijeren despues e contradixieren la manda, los cabecales non sean mas tenjidos de responder, mas tornense aquellos que tovieran la buena e respondanles por el fuero. Et si los cabezales vendieren alguna cosa para cumplir la manda, non sean tenidos de redrar, fueras si lo metieron enpleyt. Et si ante que la manda sea pagada o las cosas vendidas los herederos contradixieren, los cabecales non vendan nj paguen fata que la manda sea librada por derecho si deuen [u]ender onon; e si los herederos fueren en la tierra e non contradixieren fel los cabecales vendieren o pagaren, non sean tenidos de responder por ello, así como sobredicho es">>.

⁶⁶CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pág. 168 y s.s.). Este autor hace una explicación del origen de esta figura en base a estos cabezaleros: "Con la premisa de la existencia de herederos ajenos a la tierra del testador, el Fuero ordena que los cabezales no tengan que responder por su actuación cumpliendo la manda del disponente ante aquellos herederos que después la contradicen. Incluso si vendieron alguna cosa por cumplir la manda no responderán. Se enuncian, de esta forma, las amplias facultades de los cabezales: no sólo pueden "*pagar la manda*", esto es, entregar los bienes, sino incluso, vender éstos sin rendición alguna de cuentas para cumplir lo ordenado. En el caso apuntado, si los parientes trataran de impugnar esos actos, no tendrían otra oportunidad de dirigirse contra los beneficiarios de la manda y no contra los cabezaleros". En parecido sentido fundamenta que "parece clara la constatación de lo que modernamente llamamos testamento por comisario. Alguien que no hace testamento, por no querer o no poder, apodera a otro para que disponga a su arbitrio. No ejecuta, por tanto, la voluntad del causante, porque ésta no existe, ni recibe instrucciones para la distribución, pues queda ésta a su buena voluntad. En la ambigüedad de la frase "*que el uiere por bien*", tanto podrían comprenderse las instrucciones concretas del autor material de la manda como el libre albedrío del comisario para hacerla. A ello puede objetarse que esa libertad de escoger "*lugar*" fue libertad de escoger beneficiario, monasterio o iglesia. Pero este precepto y esta institución quedan al margen de nuestro estudio".

⁶⁷"Otrossi el cabezal en que dexare el muerto su manda non quisiere seer cabecal della, pierda lo quel mando el muerto. Et si recibier la cabecaleria, despues non la pueda dexar; e reponda alos que deuieren auer alguna cosa de la mand".

cabecaleros una aclaración del precepto en el 311⁶⁸. En esta regulación se manifiesta la procedencia gótica del testamento *commendatum*; la legislación visigoda ha pasado al Fuero, que ha reducido el plazo de seis meses a uno, ha sustituido la figura del sacerdote por la de los alcaldes y ha modificado la pena del ocultador fraudulento, ya sea o no cabecal, haciéndole perder lo que le fuere mandado, o imponiéndole como pena un décimo del valor de la manda si no tuviese parte en ella.

La obligatoriedad de revelar la voluntad dispositiva del difunto ante el alcalde en un plazo atenúa el riesgo de incumplimiento, pues siendo sólo conocida la manda, existe la posibilidad de abusos y desidias. De esta forma, se ve también aquí la misión testifical de los cabecaleros, que dan publicidad a la manda cual harán leer los Alcaldes. Pero además, hay otro dato importante que aporta este texto, al ordenar esa revelación de la manda para todo el que la tenga: << *Esto mismo sea de otro omne que toviere la manda, maguer non sea cabecal*>>. Ese "maguer non sea cabecal" insinúa las especiales características de este cargo, como diferenciado de legatarios o herederos con modo o de meros mandatarios póstumos o ejecutores. Algo debe añadir "*ser cabecal*" a "*tener una manda*". El cabecal, por tanto, no es sólo "*hombre que tuviera una macla*", sino algo más, que este título del Fuero de Soria da por supuesto. Si tenemos en cuenta la regulación del Fuero, que les presupone conocimiento (incluso exclusivo; no habla del testimonio necesario de los testigos a la hora de mostrar la manda al alcalde, ni de la voluntad del testador desconocida públicamente, junto con su posición eminente de ejecutores materiales de tal disposición obtenemos una figura similar al heredero de confianza y a las fiducias actuales forales, que son más que un simple albacea.

El Fuero de Soria establece también un precepto de carácter general sobre su obligatoriedad; aunque consistan en obligaciones de hacer (y no sólo entregar) por el mandatario⁶⁹. Para CAMARA LAPUENTE⁷⁰ es indicativo de que se trata de un

⁶⁸“*Todo omne que fuere cabecal de alguna manda, muestrela ante los alcaldes fasta .1.mes; e los alcaldes fagan la leer ante ssi conceiera mjentre. Et si el cabecal esto non fiziere, pierda aquello que deiliere auer de la manda, e delo por el alma del muerto. Esto mismo ssea de otro omne que touiere la manda, maguer non sea cabecal. Et si njnguna cosa non ouiere en la manda, peche el diezmo de la manda*”.

⁶⁹<< 312: “*Si alguno en su manda mandare a otro alguna cosa por fazer alguna cosa cual quier, si aquel alguien la mandare otorgare la manda, cumpla aquello por quel fue mandad*”>>. Para concluir, también establece una norma sobre el testamento por comisario: << 301: “*Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por si lo que quisiere fazer de sus cosas, e diere su poder a otri que la ordene por el en aquellos lugares que el uiere por bien, pueda lo fazer. Et lo que ordenare o diere, que vala assi como si lo ordenasse aquel quel dio el poder*”>>

⁷⁰CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en pag. 169 y s.s.).

antecedente del testamento por comisario: quien no hace testamento, por no querer o no poder, apodera a otro para que disponga a su arbitrio. No ejecuta, por tanto, la voluntad del causante, porque ésta no existe, ni recibe instrucciones para la distribución, pues queda ésta a su buena voluntad, lo que significa que podrían comprenderse tanto las instrucciones concretas del autor material de la manda como el libre albedrío del comisario para hacerla.

3.1.6.- Fueros de Salamanca y Ledesma⁷¹. Son exponentes del Derecho castellano que por razones históricas influyeron en la evolución posterior del derecho Civil común. En dos pasajes encontramos referencia a la función de los ejecutores testamentarios, a los que, sin embargo no se denomina '*cabezales*' ni de ninguna otra forma. Sólo se indica su misión de entregar los bienes para cumplir la disposición de última voluntad, de naturaleza piadosa por parte del causante.

En estas disposiciones⁷² se deduce la costumbre generalizada de disponer mandas piadosas para la salvación del alma, que tan primordial se hacía para el hombre del Medievo y su patrimonio. Ambos textos (copiado el de Ledesma del de Salamanca) permiten la libertad de disposición en favor del alma, fijando incluso un límite mínimo en caso de enfermedad; también estatuyen el *mortuorium* obligatorio que deberá darse de sus bienes si no lo dispuso. Lo que más nos interesa es que tanto amigos como parientes pueden ser los ejecutores de aquella manda testamentaria, para lo que se les entregan los bienes que deberán dar a otro. Se protege su actividad imponiendo penas pecuniarias a quien intente impedir el cumplimiento de la manda.

También existen otros pasajes en ambos Fueros⁷³ en que se confía una manda a un

⁷¹CASTRO y F. DE ONÍS. "Fuero de Salamanca" en la obra "Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. Edición en Madrid. 1916. (De su total contenido).

⁷² En el Fuero de Salamanca: << 31: "*Qui mandar su aver: Todo omne quesu auer mandar en su salute por su anima, quanto mandare, todo sea estable. Elo que mandare en elglegias o en hospitales o quisiere, nolo [mande] afijo ni apariente por los otros deseredar. E qui en enfermedad mandare algo por su alma, mande asta el medio del moble ede heredade por su alma, e non de plus si non quisiere; e qui non mandar nada, den por su alma el quinto del moble e de heredade. E aquel amigo o pariente mandar fazer esta mandazon, en su mano se e aquel la faga. E si algun omne nolo mandare, el pariente que quisiere aquel acuerdar, aquello de con aquellos que quesieren. E qui esto quisiere contrariar o no lo quisiere dar, peche morauedis*">>.

En el Fuero de Ledesma, << 7: "*Manda de marido e de mogier. Todo omne que su auer mandar en su vida por su anima, quanto mandar, todo sea estable. Lo que mandar en yglisias o en espítalles o hu quisier, non lo mande a fijo neu a pariente por los otros deseredar. Et quien len] enfermedat mandar por su anima, mande fasta el medio del mueble e dela heredade por su anima, e non de plus; e tuelga tanto de quanta manda fizier, a rason de fasta que sea la meetade, se non quesieren sus parientes. Et quien non mandar nada, este es omne que muerre sim lengua, den el quinto del mueble e dela heredade por su anima. Et a qual amigo o pariente mande esta mandaron fazer, en su amo sea e esse faga ella; e si aningun matrimonio mandaren, el pariente que quesier aquel auer dar, aquellelo de con los parientes que quesieren. E quien esto quesier contrariar o nonio quisier dar, peche .CCC. soldos*">>.

⁷³Fuero de Salamanca: << 34: "*Qui mandar aluijen, delo; se non*". "*Todo omne que alguna cosa*

familiar, amigo o vecino para que entregue esos bienes. Se presupone, pues la figura del cabezal.

ARVIZU⁷⁴ expresa que “con esto trataría de evitarse una posible conducta fraudulenta de una persona que intentase obtener los servicios o al favor de alguien con la promesa de dejarle bienes para después de su muerte. Y naturalmente, se requeriría la presencia del 'cabezal' para materializar la atribución”. En definitiva, ambos Fueros regulan la institución de los ejecutores testamentarios como intermediarios de la transmisión que cumplen la última voluntad del difunto, generalmente de signo piadoso, pero también de cualquier otro tipo (CAMARA LAPUENTE⁷⁵).

3.2.- FUEROS DE DERECHO NAVARRO Y ARAGONÉS

3.2.1.- Fuero de Jaca-Pamplona⁷⁶. La figura y funciones de los '*cabecaleros*' vienen recogidas en todas las redacciones del Fuero de Jaca tanto en su texto originario como en la versión que rigió en Pamplona⁷⁷, con alguna diferencia lingüística; pero prácticamente son iguales salvo alguna diferencia en los capítulos 55, 56, 57 y parte del 58; en sus textos se regula con desorden la función del cabecalero, eminentemente testifical, tanto en el testamento escrito como del oral (adveración), y su oficio de defensor y protector del testamento ante una posible impugnación del mismo y, finalmente, su eventual cargo de partidor (capítulo 57 de ambos textos).

En cuanto a los cabecaleros como testigos de un testamento oral, el Fuero de Jaca lo señala en el capítulo 55⁷⁸. De esta forma, los cabecaleros, testigos de un testamento oral, si están vivos a la muerte del disponente, deberán probar su testamento, aunque esta obligación de adverarlo no es siempre necesaria; además se indica la fórmula para

mandar a su pariente o a su amigo o a su vecino por buen amor, por tal guisa lo mande que se lo de; e si negare, iure que no lo mando. El otro non iure por esto manquadra" >>. Fuero de Ledesma: << 10: "De manda que omne mandar". "Todo omne que alguna cosa mandar a su pariente o a su amigo o a su vezino por amor bono, por tal gelo mande quellelo de; e se negar, [iure] que gelo non mando; el otro por esso iure manquadra".

⁷⁴ARVIZU Y GALÁRRAGA. “Las formas testamentarias...” (Nota anterior, en pág. 217 y s.s.).

⁷⁵CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en pág. 171 y s.s.).

⁷⁶MOLMO, M. “El fuero de Jaca, Edición crítica”. Escuela de estudios Medievales, Instituto de Estudios Pirenaicos. Zaragoza 1964 (Pág 79 y s.s. y en general toda la obra).

⁷⁷LACARRA DE MIGUEL, J. M. y MARTÍN DUQUE, A.J. “Fueros de Navarra I. Fueros derivados de Jaca. Pamplona”. Edición de Pamplona 1975. (En general toda la obra).

⁷⁸“Quant algun omne face son derrer testament et establis sons cabecales et non ab carta, si per aventura algun temps es obs que per aquels cabecalles sia prouat lo testament coma es nin com no, si son les cabecalles bius, per for assi deu lo testament estar prouat et certificat per els et en aquesta forma: «nos, Fulan et Fulan, dizem et testimoniam que don Fulan estan rnalauide fort volgui far son testament et ordena ses coses et prega-nos que fuessemos cabecallers de son testament»”.

tal actuación. Igual sucede para el testamento escrito (cap. 58); seguidamente, para garantizar esa publicidad, el Fuero establece las palabras del juramento exigido; no se trata de una forma taxativa sino más bien *ad exemplum* y tiene la solemnidad de lo sacro ("*ante Dios y sobre nuestras almas*"), si bien no es el juramento estrictamente sacramental exigido en otros Fueros, sobre la Cruz y los Evangelios⁷⁹. El mismo juramento se indica para el caso de impugnación del testamento en el mismo capítulo y en el 56. Estas fórmulas se recogerán con posterioridad en el Fuero General de Navarra III, 20, 4⁸⁰. Acto seguido, el Fuero de Jaca señala la reducción a escritura de este testimonio y consagra su validez aunque no hubiera habido testamento escrito⁸¹.

Se hace una regulación detallada del procedimiento de impugnación del testamento, aunque mezclado con el proceso de publicidad del mismo. El cabezalero recibe una función —de mínimas finalidades ejecutivas implícitas en el cargo— de defender el testamento tachado de falso. El proceso es sencillo: deberán los cabezaleros acudir a la puerta de la iglesia y jurar la veracidad del testamento ante la presencia de los que lo contraríen, el justicia y otros hombres buenos ("*bons omes*"). El Fuero sienta la firmeza del testamento así defendido por los espondaleros⁸².

Finalmente, el Fuero de Jaca, bajo la rúbrica "*De qui fa algun deis cabecalers partidior*", que encabeza el capítulo 57, regula la posibilidad de que los cabezaleros, además de testigos, tengan encomendadas misiones de partición de la heredad del *de ebrias*. Esto pone de manifiesto la unificación en algunos casos de las funciones de testigo y ejecutor en una persona, como reiteradamente venimos señalando. El Fuero exige la garantía de otros testigos, que sean vecinos del lugar, para la validez de esa partición⁸³.

Así pues, en estos textos, se contemplan tres funciones de los cabezaleros: a.- testigo (del testamento oral o del escrito), b.- defensor del testamento y c.-partidor.

⁷⁹<< Cap.55: "*Per cc) testimoniar deuant Deu et sobre nostres animes que si tnement de la testimonianca del testamet de fulan que nos faro, que sia a domage de nostres animes*">>

⁸⁰GARCÍA GALLO, A. "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España". AHDE-47. 1977 (Pág. 425 a 497).

⁸¹<< Cap. 55: "*Et lo testimoni que les cabecalers fan deu estar escriut per toz temps con testimonis escriuz en la carta, et lo nompne del escrivan iurat yssament. (...) Et si assi es fayt lo testimoni deis cabecalers, es ferro lo deuant dit testarnent et a ualor per toz temps, maguer que aquel qui diuisa non fis carta a sa mort*">>.

⁸²<< Cap. 56: "*Et aquo fayt lo testament es confirmat, car les cabecalers per for non fan altre sacrament ni au torner a bataylla*">>.

⁸³<< Cap. 57: "*Si algun omne u en a hora de mort et fa deuia deuant cabecalers, et fa algun deis cabecalers partidior de sa heredit, quant la uoldra partir si no y a testimonis non li ualdra, et que tengan foc et loc*">>.

3.2.2.-Fuero de Estella⁸⁴ Recoge la figura de los cabezaleros en el n° 11 ("*De marit*"), al tratar del fallecimiento del marido que tenía mujer e hijos. Su configuración es doble: en primer lugar, se los presenta como ejecutores con amplísimas facultades de disposición respecto a los bienes del fallecido, a la par que entronca su misión ejecutiva con la institución de la tutela testamentaria; es decir, toda su actuación sobre el patrimonio del finado (pueden incluso vender y pignorar) se orienta a un destino: el bienestar de los hijos. Y hasta tal punto se confía en los cabezaleros que el Fuero, realizando su misión de tutores de los niños menores, les permite reprimir ("*constringere*") a la madre en favor de los hijos, sin que las decisiones de los cabezaleros- tutores ejecutores sean censurables por la madre⁸⁵. En segundo lugar, el Fuero de Estella concibe a los cabezaleros también como testigos dos párrafos después en el mismo número 11. Esta función testifical parece ser propia tanto del testamento oral como escrito, pues el Fuero no hace otra referencia.

En conclusión, con CAMARA LAPUENTE⁸⁶, hay que entender que los cabezaleros admitirían tanto la función testifical como la ejecutoria y tutorial de personas y no existiría una prohibición de aunar todas esas cualidades en unos mismos sujetos, que, por tanto, conocerían la voluntad del fenecido y tendrían facultades para ejecutarla, siempre en bien de los hijos. Esto es posible en virtud de la flexibilidad de la institución de esa forma de encargo, que por otra parte sería habitual.

3.2.3.- El Fuero de Tudela⁸⁷. En este Fuero la función testifical de los cabezaleros

⁸⁴LACARRA DE MIGUEL, José María; MARTÍN DUQUE, A.J. "Fuero de Navarra y fueros derivados de Jaca1. Estella- San Sebastián". Pamplona 1969. (En general, toda la obra).

⁸⁵<< Núm. 11 y 5 (redacción B): "*Et si filii sunt parui et non sunt etatis .XII. annorum, et pater eorum ad obitum suum fecit cabecalarios, illi cab alarii possunt sortiri cuto matre uice filiorum, et dare fermes si uolunt; et possunt etiam uendere et in pignus mittere hereditatem ad opus filiorum, et habebit ratitudinem. Et cabecalarii possunt constringere matrem pro filiis, et mater non potest constringere cabecalarios*">>

⁸⁶CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pág. 171 a 173). Este autor analiza su función en este texto : "Curiosamente, el Fuero exime de la necesidad de ratificación del testimonio por medio de juramento, si bien sustituye éste por una forma de idénticas características y resultados: Núm. 11, 7 (Redacción B): "*Et cabecalarii non debent iurare, sed debent dicere Deo et suis animabus: «nos audiuiimus et uidimus hoc donatiuum facere»*" La función testifical de los cabezaleros es palmaria en un somero análisis sistemático de esa regulación, aparte de los concluyentes textos transcritos. Al testimonio de los cabezaleros —en absoluto excepcional, sino normal— equiparan los textos el de los testigos en circunstancias extraordinarias: el testimonio del capellán de la parroquia, el de dos mujeres "legales" si es en peligro de muerte súbita y la declaración de un hombre o mujer si alguien muere en despoblado. La misma idea se recogió en el Privilegio de Teobaldo 11 a los francos de Estella y demás vecinos, de 5 de octubre de 1269, que disponía: << *Otrossi, todo homne o muyller, vecino de Esteylla, qui faga su destin, que los cabecaleros lo digan*>>".

⁸⁷LACARRA DE MIGUEL, J.M.; VÁZQUEZ DE PARCE, L.; SÁNCHEZ ALBORNOZ. "Fuero de Tudela. Transcripción en manuscrito 11-2-6, 406 de la Academia de Historia de Madrid". Edición Centro de estudios Históricos en Revista Jurídica Nar. n° 4-Julio-Diciembre de 1987. (Pág. 19 a 73).

está expuesta con claridad⁸⁸. En definitiva, es necesario su testimonio para la adverbación del testamento, tanto del oral como del escrito; testimonio que irá ratificado mediante juramento. A continuación se enuncian una serie de reglas para supuestos de muerte de los cabezaleros que, se dice, han de ser dos o más ("*quantos quiere*"): si mueren todos los cabezaleros y queda uno vivo, valdrá el solo testimonio de éste; y si mueren todos y existiere testamento escrito, será válido si se presenta ante el alcalde por el poseedor del documento con juramento sacramental ante la Cruz y los Evangelios. También se privilegia el testimonio del clérigo, que valdrá por dos, en caso de muerte inminente o si sólo estuviera presente. La función eminentemente testifical se comprueba asimismo en el supuesto final que plantea el capítulo 31 del Fuero de Tudela: si alguno fallece fuera de su villa y establece algún destino para sus bienes, el beneficiario se lo comunicará al tenedor de la heredad situada en la villa del difunto, que únicamente habrá de creerle, prescribe el Fuero, si "*mostrare el destin con los cabecalleros alli do es la rayz de la heredat, et que digan uerdad a Dios e a lures almas que assi fue*".

CAMARA LAPUENTE⁸⁹ extrae sus conclusiones y de aquí se deducen las siguientes consecuencias: 1.- Pueden ser ejecutores, si así se ordena en el testamento escrito o en la voluntad oral por ellos revelada, y entonces se configuran en el Fuero de Tudela como cuasi herederos, ya que dispondrán de los bienes en beneficio de los destinatarios o del alma del testador tal como éste dispusiera. Siempre con el límite crucial e insoslayable de no poder ellos ser herederos definitivos de lo destinado a otros. 2.- Su misión ejecutora parece que cederá ante aquéllos que exijan saber el destino y se comprometan a ejecutarlo. 3.- Una vez revelado el destino, su misión de testigos concluye y podrán renunciar libremente a tener encomendado el testamento y sus atribuciones. Su función de custodios y depositarios de la voluntad cesará una vez

⁸⁸Se lee en el extenso capítulo 31, <<"*De eredat estinada por adniuersario falmimario. Et tot omne o muller que destine en su buena memoria estando en los cabecalleros, e que se otorguen por cabecalleros con carta o sines carta diciendo a puerta de iglesia por juicio de alcalde en Dios i en lures almas que asi es como ellos dicen o como en carta es, mandamos que nalga lo que dicen*">>.

⁸⁹CAMARA LAPUENTE. "La fiducia..." (Nota anterior, pág. 173). Este autor compila el carácter de ejecutores de los cabezaleros, "simultáneo al de testigos", se deduce de algunas frases de este capítulo del Fuero, como ha puesto de manifiesto algún autor. Así, se dice: "(...) *porque los cabeyalleros non sian todora embargados e puedan complir lo que les es mandado*", o bien "(...) *que mas no lo deuen tener [\"el destin\", los bienes] si en el el escripto del destin no les mandan que lo tengan por todos los tiempos*". Pero esta afirmación general de su función ejecutoria debe ser, a mi juicio, bastante matizada a la luz del texto. El Fuero, en primer lugar, determina la firmeza de la declaración testimonial de los cabezaleros ("*A ningun cabecalero no a torna de batalla*"). A continuación, plantea el supuesto de que alguien demandara el destino ("destinamiento") de los bienes a los cabezaleros ante el juez o el alcalde: en ese caso, el Fuero impone a los demandantes garantizar que cumplirán el destino que se revele si no lo contradicen y además establece ciertas precauciones para esa muestra del destino. De ahí se infiere ya que ejecutarán los demandantes el destino y no los cabezaleros si dan suficientes garantías ("*dar primero fiador a los cabezaleros que cunplan el destin los qui los demandan*").

revelada; a no ser que todos los beneficiarios les hagan depositarios del testamento con dispensa de responsabilidad sobre el mismo, o bien que así se les ordene en la carta testamentaria (custodiarlo para siempre). 4.- Su función de ejecutor de la voluntad del causante sobre los bienes podrá iniciarse si los que deben cumplir se niegan a hacerlo o si así les fue expresamente encomendado en el testamento. También, si todos los beneficiarios, a quienes pertenecen los bienes, se los encomiendan, exonerando a los cabezales de responsabilidad por extravío de los bienes. En este caso, surgirá una encomienda nueva no derivada sino indirectamente de la voluntad del difunto. Aunque el Fuero se refiere más a la encomienda del testamento, que a esta interpretación referente a la encomienda de los bienes.

Para concluir, conviene incidir en la singular importancia que reviste este capítulo 31 del Fuero de Tudela, puesto que fue transcrito con mínimas variantes gramaticales y ligeras adiciones extraídas del Fuero General de Navarra (3, 20, 9). Este último texto se enuncia por las notas a la Recopilación Privada del Derecho civil foral de Navarra y por algunos autores como precedente de la fiducia aragonesa, de la herencia de confianza en Derecho navarro, y en definitiva de la fiducia sucesoria entre cónyuge.

3.2.4. Fuero de Viguera y Val de Funes⁹⁰. La regulación de los cabezaleros que hace este Fuero es poco detallada y dispersa; tiene lugar entre los números relativos al "*destín*", disposición sucesoria o testamento, según el lenguaje de la época. Sin sistemática clara, el Fuero de Viguera y Val de Funes se esfuerza por separar las "*testimonias*" de los "*cabecaleros*", exigiendo, no obstante, que éstos estén presentes a la hora de otorgar el testamento, en concurrencia con los testigos, por lo que ambos escucharán las mandas de boca del causante; así pues, su presencia es necesaria, pero no se explicita cuál es la diferencia de su misión respecto de la de los testigos. Más clarificador es la parte del texto en la que se los cualifica expresamente como mandatarios del testador, en definitiva ejecutores con poder para dar efectividad al destino fijado por el disponente⁹¹.

3.2.5. Fueros de la Novenera⁹². Dedicados dos capítulos de este cuerpo legal a la

⁹⁰RAMOS Y LOSCERTALES, J. M. "Fuero de Viguera y Val de Funes". Edición crítica del autor. Universidad de Salamanca. Salamanca 1956. (Pág. 87 y s.s.).

⁹¹<<N ° 485. "*Manda de destín. En toda manda de destín que fuere fecha de mueble o de rayz sin fiador de saluo o de riedra baldrá por fecho, si sus cavecaleros fueren poderidos por mandaijento de destinador, o si consintieron a la cabecalerja los que podrian contadizir, o si prisoron eylos part de los bienes segunt que el destinador mandó*">>.

⁹²TILANDER, G. "Los Fueros de Novenera". (Manuscrito 944 de la Biblioteca de Palacio; también, pero con acotaciones en Manuscrito de la Biblioteca Nacional de Madrid) Upsala. 1951 (Pág. 61-62).

institución que nos ocupa. En el primer texto (capítulo 85)⁹³, de carácter general, se señala que aquel hombre que muera y nombre cabezaleros en sus bienes inmuebles o muebles en favor de su alma debe hacerlo delante del capellán y de hombres fidedignos que conozcan la voluntad verdadera, y debe valer como manda o legado ("*leyssa*") a los cabezaleros, y saberlo el hijo o hija o pariente que más cerca ("*apropb*") esté de aquel que falleció. Este texto, de suma importancia, perfila nítidamente a los cabezaleros como ejecutores y conceptúa principalmente la ejecución sobre bienes *pro anima*. El Fuero de la Novenera establece que las personas que deben conocer también el auténtico destino de los bienes y deja la situación del cabezalero perfilada como un legatario-mandatario póstumo con derecho real autónomo sobre los bienes que deberá entregar a su verdadero destinatario. Este capítulo 85 sirve para hilar la figura del cabezalero con la del fiduciario romano. (ALONSO LAMBAN⁹⁴).

En el segundo texto (capítulo 86)⁹⁵ se pone un ejemplo, en la que los cabezaleros actúan también de ejecutores. Además de entregar al destinatario de la manda los bienes que ellos habían recibido, dice el Fuero que "*dieron li ferme*", esto es, "le garantizaron por fianza que si perdía el proceso, nunca entablarían demanda por la misma causa" o, más sencillamente y aplicado a este supuesto, le garantizaron la no agresión procesal por parte de los cabezaleros, en una transmisión de la propiedad que está relacionada con el primitivo heredero fiduciario romano y mecanismos como las *stipulationes partis et pro parte* y otros en la herencia fideicomitida antes del senadoconsulto Pegasiano, que ya hemos contemplado en los antecedentes de Derecho romano.

CAMARA LAPUENTE⁹⁶ recapitula que los Fueros locales de la Alta Edad Media son un reflejo mínimo y algo confuso de la práctica. No explican las instituciones sino

⁹³Cap. 85: "*De qui faze cabañalería. "Nuill ombre qui uienga en óbitu mortis te faga cabeñalería de hereditat o de mueble por su anima, deue lo fer delant el capeillano et delant bonos ombres que sepan uerdat, et deue passar como leyssa a los cauecaleros, el sabiendo lo filio o filla o parient, qual mas apropb li sea [a]í aqueyll qui passa del sieglo*".

⁹⁴ALONSO LAMBAN. M. "Las formas..." (En nota anterior, pág. 112 y s.s.). este autor al comentarlo, dice "que la figura del ejecutor se acerca a la del fiduciario romano", lo cual puede dar mucha luz sobre el problema oscuro de su origen y naturaleza jurídica.

⁹⁵Cap. 86: "*Exemplo. "Martín, el fi de dona María (et] don Berenguer, uino in óbitu mortis et leyssó cauecaleros a don Belenguer el Mayor et a Martín, mayoral del Puyo, delant bonos ombres, et sabudament las casas de don Domingo Orlí, el capeyllano, et non prisieron ferme cauecaleros. Et los cabecaleros acordaron se et dieron las a don Domingo Ortí, el capeyllano, por X cañices de trigo et dieron li ferme, et pasos*"

⁹⁶CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Op citada, en pág. 180 y 181).

fragmentariamente. Además no aparece en este período el nombre de “heredero de confianza porque el concepto mismo de heredero se encuentra eclipsado”, y sin embargo si el de cabezalero o el de fiduciario, como persona encargada de la distribución, mejora o incluso revelación de la voluntad del causante; pero le falta algo para acercarse definitivamente a la figura que nos ocupa, y es la capacidad de decisión sobre quién va a ser el heredero o destinatario de las definitivas relaciones jurídicas del causante. Tampoco es posible encontrar en los textos legales la noción de la confianza o fiducia sucesoria secreta, que en este caso revelaría las instrucciones reservadas del causante, que no es lo mismo que decidir sobre quiénes son los beneficiarios de la institución. Sólo se trata de otras instituciones que constituirán los rudimentos de las categorías jurídicas de las figuras actuales, tales como la del heredero de confianza, el heredero fiduciario, distribuidor con amplias facultades incluso la de mejorar, y cónyuge fiduciario con funciones de distribuir y mejorar.

CONCLUSIONES

1.-Los cabezaleros son un antecedente en la práctica documentada; y en numerosos Fueros aparecen con funciones testificales y ejecutoras, especialmente en los navarros (Fuero de Jaca-Pamplona, F. Estella, F. Tudela), aunque no de forma exclusiva. Debido a esto, es erróneo interpretar que el término cabezaleros sólo se entiende en el sentido de albaceas.

2.-La naturaleza y funciones de los cabezaleros no están definidas por completo en los Fueros, que únicamente ofrecen un tratamiento fragmentario de su régimen.

3.-El nombramiento de los cabezaleros tiene su base en la confianza del disponente. Los Fueros también depositan esa confianza en ellos, al establecer escasas garantías legales para el cumplimiento de su misión. Sólo los Fueros evolucionados regulan los requisitos necesarios para ser cabezaleros (F. Soria y F. Real; s. XIII); sus facultades dispositivas, son similares a las de los fiduciarios y están siempre limitadas por el destino encomendado.

4.-Las disposiciones de estas figuras, se encuentran reflejadas en los Fueros y no obsta a que los ejecutores también pudiesen tener encargos profanos. La fuente del derecho que recogerá y hará evolucionar estas figuras será la costumbre, por tanto, la que va forjando la institución de los ejecutores testamentarios; en su seno se van conformando los encargos secretos encomendados a los ejecutores, sin que esta

práctica tenga reflejo legal⁹⁷.

⁹⁷CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Pág. 180 y 181). Para este autor, “en este lapso temporal existen, por tanto, bases para la fiducia sucesoria en general y la secreta en particular tanto en Castilla como en Navarra. Acaso el Derecho navarro ofrezca en este momento fundamentos más claros para ello. La Recepción romano-canónica (sobre todo, respecto a los fideicomisos), en cambio, inclinará la balanza normativa propicia a las mandas secretas claramente en favor del Derecho castellano”.

CAPÍTULO CUARTO (IV). EL DERECHO CANÓNICO Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN EN LA CODIFICACIÓN.

1.-DE LA RECEPCION ROMANO CANÓNICA A LA CODIFICACION (SIGLOS XIII-XIX)

CAMARA LAPUENTE¹ describe la evolución que se produce en el Derecho con el nacimiento de las nacionalidades; a partir del siglo XII se fue configurando en toda Europa un Derecho de vocación universal integrado por dos factores: la reelaboración del Derecho romano justiniano, principal y primeramente por las célebres escuelas italianas, y el carisma jurídico del Derecho de la Iglesia de Roma, el cual conservó, suplió y corrigió al romano. El fenómeno de un solo Derecho común aplicable en toda Europa durante un largo tracto secular fue propiciado por la introspección del mismo en cada país, que lo adoptaba como suyo propio, refundiéndolo con sus propias peculiaridades. Se trata del proceso que se ha dado en llamar “Recepción romano canónica”. Esto explica la uniformidad de las instituciones jurídicas existentes en este período en territorios diversos y lo hace inteligible para la doctrina de glosadores, comentaristas y decretalistas (GARCÍA GALLO²). La Recepción hizo resurgir con gran poderío la figura del fideicomiso romano que, amén de otras asociaciones con institutos como el feudo o las sustituciones, se hermanó con el relativamente reciente instituto del ejecutor testamentario, por esas fechas, absolutamente extendido debido a su utilidad en tiempos de inseguridad y fácil quebranto jurídico. Así pues, cabezaleros y fideicomisarios, como se los llamaba, devienen un mismo personaje que, además, aparece con ropajes de heredero. La costumbre, por su parte, desempeñó un importantísimo papel en la decantación de una serie de formas jurídicas de signo fiduciario; se hizo sumamente frecuente designar a un heredero fiduciario al que se aleccionaba en secreto sobre el destino de los bienes, con el encargo, o bien de

¹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. Editorial DYKINSON-1996 ISBN 84-8155-164-3 (Pág. 185 y s.s.).

²GARCÍA GALLO, A. “Nacionalidad territorialidad del Derecho en la época visigoda”. AHDE-13 (1936-1941) (Pág. 655 a 711). Además lo trata también en “Instituciones sociales en la España de la Alta Edad Media” Revista de Estudios Políticos. Suplemento de política social número 1. Año 1945. Y en “Manual de Historia del Derecho español”. 10ª reimpresión. Madrid 1984. (pags 345 y 346, y 531 y 532).

entregarlos al verdadero beneficiario sólo conocido por ese heredero interpuesto que actuaba como ejecutor, o bien de revelar a su tiempo la voluntad del causante. Para ello se sirvieron los disponentes, sobre todo, de esa figura delimitada por la doctrina de la época y recogida por la legislación que son los “fideicomisarios” (refundidos con los antiguos cabezaleros). Su difusión fue enorme debido a la inseguridad que ocasionó una sociedad revuelta y pletórica de confiscaciones. Otro motivo de su éxito fue su empleo para efectuar disposiciones piadosas, tan necesarias a los ojos del hombre medieval, para lo cual se confiaba a la fidelidad de un amigo, pariente o religioso el propio patrimonio bajo unas instrucciones reservadas y precisas; la fidelidad a la palabra dada se reforzó por la Iglesia con graves sanciones eclesiásticas en caso de incumplimiento, además de la atención prestada en sus colecciones canónicas y otros privilegios. En esta labor de consolidación de las instituciones sucesorias fiduciarias ha de ponderarse también el trabajo de los prácticos.

2.- DERECHO CANONICO

Entre los principios que inspiraban el Derecho canónico en esta materia, destacan: en primer lugar, el absoluto respeto a la personalidad humana, en segundo lugar, el principio de la libertad de la voluntad, y su taxativo *respeto siempre que fuera razonable* ("*voluntas rationabilis defunctorum sub mortali peccato observari debet*"), así como el principio de que el heredero debía responder del delito cometido por el difunto, estando obligado a reparar *el* daño producido. Además, puede agregarse a esto la preocupación por salvaguardar el bien del alma del difunto (MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO³) cuando éste dejó algo dispuesto al respecto, y protección dispensada por la Iglesia a las causas pías y su ejecución, cualquiera que fuera la forma en que éstas estuvieran dispuestas (GARCÍA GALLO⁴). Los principios sucesorios canónicos influyeron en la formación de toda la fiducia sucesoria, en concreto, diríamos, por tres cauces: el reconocimiento de la primacía de la voluntad del difunto, por cualquiera de las formas en que se expresase, incluso a través de un intermediario (*nuntius*) y aún en forma secreta, con tal que llegara a ser conocida de manera cierta; a ello se suma la frecuencia con que, como veremos, se utilizaba esta

³MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. “Herencias en favor del alma en el Derecho español” (Pág. 148).

⁴GARCÍA GALLO, A. “Notas sobre el reparto de tierras entre visigodos y romanos”. En HISPANIA, nº 1 (1941) (Pág. 40 a 63).

forma fiduciaria para realizar descargos de conciencia en forma de disposiciones piadosas *post mortem*, por lo que el ordenamiento canónico las amparó como benignas; por último, el Derecho canónico impulsó numerosas instituciones que se basaban en sentimientos de amistad y confianza y no tan sólo en un vínculo jurídico, y que perduran hasta nuestros días (PUIG FERRIOL⁵). Señalaremos algunas de las disposiciones canónicas que han ayudado a crear la fiducia sucesoria.

2.1-La decretal "*cum tibi*" de Inocencio III como posible precedente de la fiducia sucesoria. Las instituciones fiduciarias *post mortem*, soterradas oficialmente hasta este momento, aunque vigentes en la práctica de los pueblos, adquieren reconocimiento legal a través del *Corpus Iuris Canonici*, ya que Inocencio III, en una constitución del año 1202 sancionó expresamente la validez de las disposiciones encomendadas al arbitrio de un tercero. Esta constitución se integró luego en el cuerpo de las Decretales de Gregorio IX. Recoge CÁMARA LAPUENTE⁶, como el Obispo tenía el privilegio de disponer de las herencias de los clérigos de Auxerre, tal como si se tratase de un distribuidor, o incluso de un heredero de confianza, forma especial de la fiducia.

En los textos de las preguntas del Obispo, y en la respuesta del Papa⁷, no se pone en duda el derecho de los clérigos de esa región francesa a encomendar a la voluntad de otra persona la facultad de disponer de sus bienes después de muertos. Se debe a la existencia de una práctica consolidada en la Edad Media por la que los eclesiásticos, en algunos países, confiaban a un allegado la disposición de los bienes de los que ellos no habían dispuesto por medio de testamento; lo que esas personas de confianza disponían tenían la misma fuerza que si lo hubiera ordenado el clérigo difunto en testamento

⁵PUIG FERRIOL, L. "Las herencias de confianza en la Compilación" (Pág. 329).

⁶CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Op.Cit.. Pág. 187 Y 188).

⁷CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior. Pág. 188). Entiende que "el texto de referencia es el cap. 13, X *de testan. (lib. III, tit. 26)*, del siguiente tenor: "*Cura tibi de benignitate: In secunda questione dicimus, quod qui in extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*". Como hace constar este autor, recogiendo opinión de SERAFINI, este capítulo no es sino la segunda parte de una respuesta que el Papa Inocencio III dio al obispo de Auxerre, el cual le había planteado dos cuestiones, la primera parte de cuya respuesta se encuentra en el cap. 18 *de verborum significatione* (lib. V, tit. 40)". No tiene mucho sentido si no lo interpretamos con el cap. 18 *de verborum significatione* y se completa el sentido de ambas en el contexto de la carta pontificia completa, cuyo contenido expone el romanista. CÁMARA lo relata y desmenuza, <<El obispo de Auxerre, merced a un privilegio pontificio, tenía el derecho de disponer de las herencias de los clérigos de su diócesis muertos *ab intestato (ius spoli)*; sucedió que los canónigos de la misma le negaron respecto a ellos tales derechos hereditarios, en una enconada disputa; ante esta situación, el obispo se dirigió al Pontífice proponiéndole las dos cuestiones siguientes: en primer lugar, si en la palabra "clérigos" del privilegio estaban comprendidos o no también los "canónigos"; y en segundo lugar, si los clérigos del episcopado de Auxerre que encomendaban a la voluntad de otra persona el derecho de disponer de su patrimonio o herencia debían considerarse o no como muertos intestados>>.

(NUÑEZ IGLESIAS⁸); por esto se les llamaba *ordinatores*, *testatores* o *manufideles*, que no eran sino una figura amplificada en atribuciones de los ejecutores testamentarios medievales. Su función dimanaba de la necesidad de impedir los frecuentes saqueos y usurpaciones que se perpetraban contra las herencias de los intestados, máxime si eran sacerdotes, a la par que del deseo de evitar el privilegio del *ius spoli* de algunos obispos, que disponían a su antojo de esas herencias. En cuanto al alcance subjetivo de la decretal que nos ocupa, afirma SERAFINI⁹ que, aun cuando redactada en términos generales, no podía referirse a las personas laicas, primero, porque la cuestión sometida a respuesta pontificia se refería a eclesiásticos; segundo, porque para los laicos no era válida la institución de los *manufideles*; y tercero, porque Inocencio III no pretendió introducir un derecho nuevo, sino sólo reconocerlo donde estaba en vigor. Toda esta argumentación la encamina el autor señalado a demostrar subsistente el principio romano de que nadie puede encargar a un tercero la institución de heredero, sino que ésta debe hacerse directamente por el testador; la argumentación expuesta sobre el alcance de la decretal adolece de dos fisuras, que se han demostrado históricamente: en primer lugar, algunos estudiosos han intuido a través de los documentos que la institución de los *ordinatores-executores* o *manufideles* sí existía en la costumbre de esa época igualmente entre los laicos, y también, en concreto y muy especialmente en Francia. En segundo lugar, es opinión extendida, teniendo a la vista la evolución histórica posterior, que este derecho particular se convirtió más tarde en común, y aunque el Papa no pretendiera introducir un derecho nuevo ni abrogar el común, sin embargo, de ahí parten las instituciones del testamento otorgado mediante el arbitrio de un tercero, de los herederos de confianza y de los legatarios, encargados por el testador para que se hagan cargo de la herencia o apliquen los legados al destino señalado por el causante (RUBIO RODRIGUEZ¹⁰). De hecho, al recopilarse la disposición de Inocencio III entre las Decretales de Gregorio IX, cobró proyección universal.

La interpretación que se hace de la Decretal de Inocencio III durante siglos por la

⁸NUÑEZ IGLESIAS, A. “El testamento por comisario”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid 1991. (Pág. 103 y 170).

⁹SERAFINI. “Nuevo estudio sobre las disposiciones de última voluntad sometidas al arbitrio de una tercera persona según el Derecho romano y el Código civil italiano de acuerdo a la reciente obra de Arndts”. (*Archivo Jurídico*, IV, 1896) (Pág. 176).

¹⁰RUBIO RODRÍGUEZ, J. J. “Las fundaciones benéfico-religiosas en el Derecho común y español. Estudio histórico-jurídico”. Ediciones “El Almendro”. Córdoba 1985 (Pág. 148 y s.s.)

Glosa y los Comentaristas alteró su significado inicial en distintos sentidos según las épocas. De esta forma, sin hacer caso del tenor literal del texto canónico, las interpretaciones fueron reduciendo las posibilidades de la decretal para hacerla entrar en el marco de la prohibición romana de la delegación testamentaria. Para CAMARA LAPUENTE¹¹, cabe esa fiducia en el caso de causas pías, lo que hace excepción a las prohibiciones generales de este tipo de disposiciones.

El contenido de la disposición de Inocencio III y de las Decretales de Gregorio IX, hace referencia al encargo a otra personas para que dispongan a su voluntad del patrimonio del de cuius ("*qui in extremam voluntatem in alterius dispositionem commititt, non videtur decedere intestatus*"), que es cuestión bien distinta de manifestar el testador su propia voluntad al fiduciario para que la cumpla o la revele, institución esta última que en nada contraviene los principios romanos, como expusimos. La diferencia entre ambas figuras se aprecia en la atribución de la fiducia que diseñó el Cardenal DE LUCA en el siglo XVII: va desde la atribución de la facultad omnímoda de disponer de los bienes del testador (este es el caso de la decretal) hasta la manifestación perfecta y directa por el testador en favor de persona cierta, cuyo nombre se manifiesta secretamente al fiduciario, que deberá publicarla o hacerle llegar los bienes (VALLET DE GOYTISOLO¹²). El texto se ha utilizado para fundamentar la fiducia sucesoria en general y casi todas sus variantes: el testamento por comisario, la cláusula de confianza o delegación de la facultad de mejorar, los heredamientos fiduciarios, etc. En último extremo, es innegable que si el cap. 13 *de testamentis* del libro III de las Decretales llega a dar validez a lo que disponga de la herencia una

¹¹CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Op. cit.ota anterior). (Página 191). Relata este autor que <<sin embargo, los autores clásicos confieren validez al testamento *in dispositione alterius* únicamente, y como privilegio cuando tuviera por objeto las causas pías. Esto tiene su origen en la glosa de SINIBALDO DE FIESCHI, cuya opinión se generalizó a través de autores como ENRIQUE DE SUSA, y también fue sustentada por el Papa INOCENCIO IV. Los argumentos esgrimidos en favor de su validez únicamente para las causas pías fueron" que no existían principios de Derecho natural que declararan nulas tales disposiciones, por lo que los motivos de Derecho civil para prohibirlos eran ineficaces tratándose de testamentos *ad pias causas*; y además, que su motivación piadosa excluía todo rigor jurídico por estar exentas de posible fraude o dolo, siempre, claro está, que no constituyeran una voluntad capciosa. La doctrina de juristas tan renombrados y distantes en el tiempo como DURANTE, BARTOLO, JUAN DE IMOLA, MOSTAZO, COVARRUBIAS, SARMIENTO, CARPIO, VAZQUEZ DE MENCHACA y otros se formula en el siguiente aserto: "*Tenet testamentum, si quis extremam voluntatem suam alterius dispositione committi, et dicitur testatus ad pias causas... secundum intellectum notabilem*". Como vemos, acabaron extrayendo del texto pontificio como doctrina generalmente aceptada algo que no figuraba en su literalidad ni en su origen: la admisión del testamento por voluntad de tercero sólo para las causas pías>>.

¹²VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Estudios de Derecho sucesorio" Editorial Montecorvo, S.A. ISBN 978-84-7111-273-6- Madrid 1989. (Pág 218).

persona distinta del testador, con mayor motivo habría de admitirse que tenga validez lo que esta persona designada por el testador declare ser voluntad del mismo, sin que esto suponga una inadmisble interpretación extensiva de un privilegio, sino la constatación de que el supuesto regulado en las Decretales es más comprensivo que el que tratamos, por lo que, por extensión, para los autores defensores de la fiducia secreta –como CAMARA LAPUENTE¹³- debe entenderse admitida indirectamente en ese texto también la validez de la herencia de confianza.

2. 2. Los fiduciarios en las causas pías y en los "*male ablata*".

A.- La Edad Media y la regulación de esta materia en el Derecho canónico de la época. El sentimiento religioso del hombre medieval se mantuvo y acrecentó a lo largo de toda esta época y gran parte de los siglos sucesivos, teniendo como consecuencia el auge de las disposiciones testamentarias con fines piadosos. La Iglesia, que desde los concilios de los primeros siglos sancionó con penas a los que no cumplieran las mandas pías de los difuntos, acogió y canonizó las leyes justinianas, aumentando y extendiendo los privilegios de las causas pías, y sobre todo otorgando validez a los *testamenta ad pias causas* aunque fuesen conformes según el Derecho civil y también haciendo que fuera siempre válida la transmisión de la herencia a un fiduciario con la obligación de destinarla enteramente a un fin pío (TAU ANZOATEGUI¹⁴).

Las disposiciones testamentarias tenían por objeto realizar buenas acciones para obtener méritos en orden a la salvación, acciones que en muchos casos deseaban mantenerse en secreto de cara a los familiares pero además concurren otro tipo de disposiciones también relacionadas con la salvación del alma (LOPEZ ALARCÓN¹⁵), cuyo secreto urgía más aún, a la luz de las concepciones de la época: nos referimos a los encargos que perseguían satisfacer después de la muerte algunas obligaciones de conciencia creadas por actos delictivos del moribundo: son las llamadas disposiciones fiduciarias *pro exoneratione conscientiae* o *pro male ablatis*. Los hurtos de vario signo, las falsificaciones, la usura, etcétera, eran harto frecuentes en la Edad Media, a pesar de estar sancionados con penas gravísimas y algunas incluso capitales. La persona que había conseguido posesiones ilícitamente y deseaba reparar esos agravios al llegar su

¹³CÁMARA LAPUENTE, S. La Fiducia sucesoria secreta”. (Op. Cit. nota anterior) (Pág. 193).

¹⁴TAU ANZOATEGUI, V. “Esquema histórico del Derecho sucesorio”. (Pág. 33 y s.s.).

¹⁵LOPEZ ALARCÓN, M. “Legados píos” (N.E.J.-XIV) Barcelona 1971. (Pág. 865).

muerte, no podía hacerlo en un testamento público, ya que eso supondría exponer su persona y la de sus sucesores a la difamación pública, a eminentes confiscaciones y a otro tipo de penas sobre sus bienes y allegados. Por otra parte, la Iglesia, desde los primeros tiempos medievales, venía predicando, especialmente a los moribundos, la necesidad de restituir todo lo que se había conseguido impropriamente; esto aparecía categóricamente en los libros penitenciales más antiguos, con especial hincapié en la devolución de la usura; se lee, por ejemplo, en el libro Sexto de las Decretales, de 1298, “*non remittitur peccatum nisi restituatur ablatum*. Este encarecimiento eclesiástico a restituir el *male ablatum* -restitución que se operó masivamente- y la dificultad de hacerlo jurídicamente sin graves perjuicios personales y patrimoniales, explica la oportunidad y tremendo éxito”- alcanzado por la fiducia testamentaria de perfiles absolutamente secretos, fomentada y protegida por la Iglesia (DÍAZ FUENTES¹⁶).

Las mandas a través de las que se encomienda este encargo fiduciario son dos, ambas afectadas por el sacramento de la confesión: la primera tenía lugar tras confesar sus pecados el agonizante al sacerdote; si aquel confesaba retener bienes injustamente, el sacerdote le ordenaba la restitución bajo pena de no concederle la absolución con la subsiguiente condena al infierno; ya sea por falta de tiempo para hacer un testamento solemne, ya por dejar ocultos sus pecados bajo el secreto de la confesión, el legado para depurar esas faltas adquiría la forma fiduciaria, ordenando el moribundo a sus herederos presentes junto al lecho de muerte que hicieran cuanto les dijera el confesor, o bien consignando una cantidad para que éste mismo la invirtiera según le había comunicado en secreto. Esta atribución fiduciaria podía también quedar plasmada en un testamento solemne, en el que constaría el nombre del sacerdote y, a lo sumo, la cantidad, pero, en ningún caso, las instrucciones reservadas. La segunda forma posible era, si cabe, aún más confidencial: consistía en entregar al sacerdote el dinero o los bienes necesarios para reparar esos injustos ocasionados por el causante en vida, entrega que se hacía al margen de cualquier formalidad y sin presencia de otras personas; con esos objetos, el confesor debía satisfacer los fines secretos que el causante le indicaba (RUBIO RODRÍGUEZ¹⁷). Este segundo cauce, en especial, era fuente de graves conflictos, pues aunque para el ordenamiento canónico estas disposiciones fiduciarias exentas de toda

¹⁶DÍAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo en las disposiciones mortis causa” (A.D.C. XVIII) 1965 (Pág. 144 y s.s.)

¹⁷RUBIO RODRÍGUEZ. “Las fundaciones benéfico-religiosas en el Derecho común y español” (en nota anterior) (Pág. 150).

solemnidad eran plenamente válidas al tener la concepción de ser causas pías, generalmente los herederos del difunto las impugnaban judicialmente so pretexto de fraude o por desconfianza hacia el sacerdote o simplemente por no pagar la suma ni ver mercedados sus derechos, con lo cual se entablaron pleitos notablemente escandalosos. Los canonistas intentaron salvaguardar la integridad y buen funcionamiento de estas instituciones fiduciarias, con reglas como la establecida por los clásicos en el *Speculum* y aceptada por toda la doctrina, a saber: que aquel en favor del cual se ordena la restitución, adquiere, por medio del sacerdote que recibe esa declaración, derecho a acción para conseguir el *ablatum*. Por eso, CAMARA LAPUENTE¹⁸ extrae la consecuencia de que la restitución del *male ablatum* se hacía para liberar al alma del pecado, con lo cual las disposiciones *pro exoneratione conscientiae sive animae defuncti* tenían la consideración de legados píos o herencias *pro anima*, de forma que su régimen se subsumía en el de las causas pías. En consecuencia, se les aplicaban los privilegios de éstas, como su validez aunque se encontraran privados de forma, o la reducción de cualquier otra liberalidad e incluso de las legítimas de los herederos si no bastaba el caudal hereditario para satisfacer las mandas pías, o su irrevocabilidad, u otra serie de privilegios, todo ello bajo el prisma canónico de no tratarse de meras liberalidades sino de pago de auténticas deudas que, por demás, ponían en riesgo la salvación del alma.

Así pues, volviendo a la fundamentación teórica de los fiduciarios en las causas pías en general, diremos que los tratadistas del Medievo y la Edad Moderna, tomando pie en la Glosa, admiten la validez de todo tipo de personas interpuestas de carácter fiduciario, pues, alegan, al no existir en el Derecho natural principio alguno que declare la nulidad de tales disposiciones, los motivos aducidos por el Civil carecen de eficacia cuando se trata de testamentos para causas pías.

En consecuencia, estos fiduciarios, que recibían los bienes del testador con sus indicaciones confidenciales sobre el destino de los mismos para causas pías, podían ser lo mismo laicos que religiosos, como prueba la Decretal *Tua nobis* (cap. 17, lib. III, tit.

¹⁸CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior, en Pág. 196). Aprecia este autor, una falta de sintonía entre la teoría canonística, decantadamente favorable a estos encargos fiduciarios, y la práctica espinosa que en ocasiones se producía, abundante en litigiosidad, lo que movió muy posteriormente a las instancias eclesiásticas a evitar disputas con regulaciones como la del Concilio romano de 1725, bajo Benedicto XIII que prescribe que el testador haga sus mandas ante dos o tres testigos o bien la regla de la Compañía de Jesús que prohibió a sus miembros aceptar encargos confidenciales de los moribundos.

XXVI), que no restringe la titularidad fiduciaria a tales fines únicamente a los religiosos, como haría el CIC de 1917, que se apartó del Derecho anterior en este punto. La posibilidad de los fiduciarios con instrucciones reservadas, fueran laicos o religiosos, se mantuvo históricamente hasta ese Código, como prueba una respuesta de 7 de Agosto de 1909 de la Sagrada Congregación del Concilio. El CIC de 1917, ratificando en su integridad la validez de la institución fiduciaria testamentaria para fines píos, la restringió subjetivamente a los clérigos y religiosos en el canon 1516. Sin embargo, el actual Código de Derecho canónico en vigor, de 1983, retomando la tradición secular, sanciona la validez de estas disposiciones fiduciarias en su canon 1302, cuyos titulares o receptores de la confianza pueden ser tanto los religiosos como los laicos, puesto que no especifica más su tenor ("quien adquirió como fiduciario..."), a diferencia de la especificación de sujetos que contenía el antiguo canon¹⁹.

B.- La Edad Media tras el canon 1302 del C. I. C. de 1983 y sus problemas en relación con la legislación civil (VAZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA²⁰). El canon 1302 del Código de Derecho canónico de 1983, que resume coherentemente la tradición histórica que hemos expuesto sobre la fiducia testamentaria en las causas pías, plantea principalmente, tres conflictos con el ordenamiento civil, bien sea común o ya sea foral. Dispone el canon 1302:

“5 1. Quien adquirió como fiduciario unos bienes destinados a causas pías, sea por acto inter vivos sea por testamento, debe informar de su fiducia al Ordinario, dándole cuenta de todos aquellos bienes, tanto muebles como inmuebles, y de las cargas anejas; pero si el donante hubiera prohibido esto, expresa y totalmente, no deberá aceptar la fiducia.

5 2. El Ordinario debe exigir que los bienes entregados en fiducia se coloquen de manera segura, y vigilar la ejecución de la pía voluntad conforme al c. 1301.

5 3. Cuando unos bienes han sido entregados en fiducia a un miembro de un instituto religioso, o de una sociedad de vida apostólica, si están destinados a un lugar o diócesis, o a sus habitantes o para ayudar a causas pías, el Ordinario a que se refieren los 55 1 y 2 es el del lugar; en caso contrario, es el Superior mayor en el instituto clerical de derecho pontificio y en las sociedades clericales de vida apostólica de derecho pontificio, o bien el Ordinario propio del mismo miembro en los demás

¹⁹CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Op. Cit., pag. 197).

²⁰VAZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J.M. “Comentario al canon 1302”. (Comentarios al C.I.C.). 1983. (En general, toda la obra).

institutos religiosos”.

Así pues, siguiendo a MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO²¹ el Derecho canónico admite la validez jurídica de las relaciones fiduciarias, ya sean negocios fiduciarios *inter vivos* (que dejaremos al margen), ya las diversas modalidades de la fiducia testamentaria, pues no especifica más. En consecuencia, el canon no es únicamente referible al fideicomiso puro romano, como ha puesto de relieve la doctrina, sino que "toda disposición *mortis causa* en que medie encargo confidencial para causas pías queda sujeta a lo que establece el canon 1516 [actual 1302], tales son, además de los fideicomisos, las *herencias y legados de confianza*, las sustituciones fideicomisarias, el *trust* inglés y cualesquiera otras combinaciones que, basadas en la confianza del testador respecto de otra persona, pudieran establecerse para causas pías”. Incluso, con los elementos que aporta el primer párrafo del canon, esto es, titularidad fiduciaria del *accipiens* y confianza secreta sobre el destino de los bienes, se puede construir un concepto restringido de fiducia testamentaria para el C. I. C. que, al margen de otras figuras, fácilmente concuerda con la herencia de confianza, y que a juicio de FUENMAYOR²² debe ser un encargado de ejecutar la voluntad del causante y revelarla.

En principio, la fiducia testamentaria de que habla el canon 1302 se refiere sólo al fideicomiso puro de tipo romano, o más aún, a una suerte de "fideicomiso canónico" en

²¹MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. “Las causas pías ante el Derecho civil”. (R.E.D.C.-V) (1950) (Pág. 462 y s.s.).

²²FUENMAYOR CHAMPIN, A. “Problemas que plantean los cánones 1499 párrafo 1 y 1513 desde el punto de vista civil”. (R.E.D.C.-V)(1950). En palabras de este autor, la disposición ordenada en testamento por cuya virtud manda el causante que la persona por él designada en el mismo cumpla o revele la última voluntad que le comunica —de palabra o por escrito— fuera del testamento” (pag. 20). Recoge este autor que existe, no obstante un artículo en el Código civil que puede servir de cauce a la institución del fiduciario *ad pias causas*; nos referimos al art. 671: "Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse", que ha de relacionarse con el art. 749,2º del mismo cuerpo legal. Sin embargo, esta excepción respecto a las causas pías, que causa sorpresa ante el tono contrario del Código civil respecto a las delegaciones fiduciarias, pudiera -en palabras de FUENMAYOR parecer insuficiente para legitimar, desde el punto de vista civil, las instrucciones reservadas que para la aplicación de esas cantidades *ad Mas causas* reciba el fiduciario, si no se contienen en testamento ológrafo, por la prohibición terminante del 672. La excepción del art. 671 CC se refiere a un fiduciario con facultad de disposición sin atribución patrimonial, es decir, no investido como heredero ni legatario, como sucede en las herencias o legados de confianza; aquél se limita a determinar, a modo de *arbiter*, los destinatarios de la liberalidad, los verdaderos herederos, hasta ese momento relativamente inciertos. Pero en el caso sancionado por el art. 785, 4º, el fiduciario es heredero o legatario, recibe la fiducia con transmisión de los bienes, si bien limitada la transmisión por las instrucciones secretas sobre su destino. Y ya en tiempos más recientes, la reforma del artículo 831 incorpora otras posibilidades, si bien sometidas a los límites que del mismo derivan y sobre todo, de la inmersión de este precepto en el sistema de legítimas del Código civil.

el que el fiduciario no es ni aparece como heredero, ni existe sustitución, mientras que las restricciones del Código civil (artículos 781 y 785) hacen referencia a las sustituciones fideicomisarias, de lo cual se colegiría la inaplicabilidad de estas restricciones a los fideicomisos canónicos. Esta es la posición que mantiene aisladamente MALDONADO²³ y que para CAMARA LAPUENTE²⁴, es desenfocada, principalmente por dos interpretaciones erróneas (a juicio de CAMARA) de MALDONADO²⁵: en primer lugar, por su visión restrictiva de la fiducia *ex testamento* en el canon en análisis; como pone CAMARA²⁶ de manifiesto, el canon 1302 permite acoger muchas otras instituciones fiduciarias aparte del fideicomiso, y desconocerlas implica ignorar la riqueza de nuestro ordenamiento civil a este respecto; el énfasis de MALDONADO²⁷ en excluir las sustituciones fideicomisarias del ámbito de la fiducia para causas pías cobra su sentido en separar el fideicomiso puro de estas otras figuras, intento loable ante tanta confusión terminológica, aunque de resultados reduccionistas. En segundo lugar, entender que la prohibición del artículo 785 CC se refiere tan sólo a las sustituciones fideicomisarias es una opinión superada que muestran descaminada tanto la interpretación histórica (las medidas legales contra las manos muertas y las vinculaciones movieron a los codificadores a prohibir en este artículo no sólo las sustituciones fideicomisarias, sino todo tipo de fideicomisos con prohibiciones de enajenar, las herencias de confianza que, entendieron, podían entrañar ese peligro, amén de abusos, etc.), como la literal (este artículo sólo habla de sustituciones fideicomisarias en su primer número, mientras que los tres siguientes, cierto es que con una ambigüedad reprochable, se refieren a "las disposiciones..." que tengan una serie de características, entre las que se encuentran las disposiciones del número 4º que contempla las herencias y legados de confianza –materia a la que se refiere exclusivamente CAMARA LAPUENTE²⁸–, que en modo alguno son sustituciones fideicomisarias). Este precepto, pues, prohíbe no sólo las sustituciones fideicomisarias, sino también algunos tipos de encargos y fideicomisos y naturalmente, la herencia de confianza. Por lo que entendemos aceptable la amplia interpretación de la fiducia del

²³MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. "Las causas pías ante el Derecho civil". (Op. Cit. nota anterior) (Pág. 462 y 463).

²⁴CÁMARA LAPUENTE, S. "Fiducia secreta sucesoria". (en nota anterior) (Pág. 202 y siguientes).

²⁵MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO, J. "Las causas..." (Op. cit., pag. 463).

²⁶CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Op. cita. Pags. 203 y s.s.).

²⁷MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO, J. "Las causas..." (en nota anterior, pag 463)

²⁸CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (en nota anterior, pag. 203 y s.s.)

actual 831 CC. Además, como indicamos, algunos otros preceptos del CC prohíben otras manifestaciones de la fiducia sucesoria. Por todo ello este autor rechaza el planteamiento de MALDONADO²⁹ que reduce el contenido del texto canónico para (quizás no intencionalmente) soslayar las confrontaciones legislativas que, en efecto, existen en este punto entre el Derecho canónico y el Derecho civil común.

Relata CAMARA LAPUENTE³⁰ que también es preciso traer a colación el controvertido párrafo segundo del canon 1299 que indica: "Para las disposiciones mortis causa en beneficio de la Iglesia, obsérvense, si es posible, las solemnidades prescritas por el ordenamiento civil; si éstas se hubieran omitido, se ha de amonestar a los herederos sobre la obligación que tienen de cumplir la voluntad del testador". Una vez más se aprecia el denodado tesón del ordenamiento canónico por salvar las causas pías, primando la real voluntad del testador, aunque esta voluntad sea civilmente nula. Siguiendo a FERRERES³¹, se entiende que es obligatorio para los herederos cumplir la voluntad del causante. Por lo tanto no se debería amonestar a los herederos.- De manera que, antes y después del Código, tanto los testamentos como los legados para causas pías, son válidos y obligan en conciencia, aunque civilmente sean nulos por falta de los requisitos que exijan las leyes. Basta que conste con certeza la voluntad del testador. En cualquier caso, el único medio que la Iglesia tiene para exigir ese cumplimiento es la amonestación y la apelación al fuero de la conciencia, pues no podría acudir a la fuerza coactiva del poder civil para que hiciera cumplir esa obligación de conciencia.

En cuanto a las regiones forales, para CAMARA LAPUENTE³², surge un conflicto entre el canon y estas legislaciones forales, que se produce al introducir el cuerpo legal de la Iglesia la protección y vigilancia irrenunciable del Ordinario sobre todos los cauces jurídicos, -lo que chocaría frontalmente, por ejemplo con la herencia de confianza-, que tengan por finalidad una causa pía. Esta injerencia tuitiva de un tercero ajeno a la disposición testamentaria y, quizás, a la voluntad misma del testador, es extraña a los principios fundamentales de absoluta libertad testamentaria con que los

²⁹MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO, J. "Las causas..." (en nota anterior, pag. 464).

³⁰CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (en nota anterior, pag. 206).

³¹FERRERES J.B. "Instrucciones canónicas con arreglo al Código de Pío XII". 4ª Edición- Barcelona 1926. (Pág. 221). En lo que es opinión generalizada de la doctrina canónica, este canon << indica claramente la obligación que tienen los herederos de cumplir lo dispuesto por el testador en favor de la Iglesia >> (o de las personas morales eclesíásticas), aunque el testamento, según la ley civil, sea nulo.

³²CÁMARA LAPUENTE, S. "Fiducia sucesoria secreta". (Op. en nota anterior) (Pág. 208 a 214).

ordenamientos catalán y navarro han configurado sus particulares fiducias secretas. Por lo cual un choque de principios tan frontal entre el Derecho canónico y los Derecho forales malamente permite cohonestar sendas regulaciones CAMARA LAPUENTE³³ lo explica en el sentido de que el Derecho canónico proclama en el canon 1301 la calidad de "ejecutor de todas las pías voluntades, tanto *mortis causa* como *inter vivos*" del Ordinario; en virtud de esta calificación, el mismo canon le atribuye e impone derechos y deberes de vigilancia sobre todas las disposiciones piadosas ("puede y debe vigilar, también mediante visita, que se cumplan las pías voluntades"), y refuerza este papel tutelar explicitando la obligación de los demás ejecutores de rendirle cuentas una vez cumplida su función. Finalmente, el párrafo tercero del mismo c. 1301 prescribe que "las cláusulas contenidas en las últimas voluntades que sean contrarias a este derecho del Ordinario se tendrán por no puestas"; es decir, el Derecho canónico tiene por irracionales y como no escritas las cláusulas que excluyan esa protección para el caso de que los albaceas o ejecutores no cumplan fielmente la voluntad del testador para legados o causas pías. En definitiva, el Ordinario ejecutará las pías voluntades si el testador no nombró un albacea o ejecutor para ello, y en ese caso, el Ordinario vigilará su actuación y le deberán ser rendidas cuentas (sin excluir la preceptiva revisión judicial, artículo 907 CC), para cuya exigibilidad está legitimado por los artículos 907 CC y, por tener el interés legítimo que señala este canon.

Posteriormente, el Código de Derecho canónico de 1983, en el canon siguiente, el 1302, constata nuevamente la misión del Ordinario pero esta vez en un ámbito más reducido, el de la fiducia, *inter vivos* o testamentaria. Para CAMARA LAPUENTE³⁴, la explicación de esta, en cierta forma puede encontrarse por dos vías: en primer lugar, la frecuencia con que históricamente se empleó el cauce fiduciario para finalidades piadosas y para beneficio de la Iglesia, lo que esclarece la necesidad de control de ésta sobre las disposiciones en su favor; amén de que una enorme parte de estas liberalidades se hacían eligiendo como fiduciarios a clérigos o religiosos, y de ahí el control de sus superiores; en segundo lugar, las disposiciones fiduciarias son y han sido en la historia el medio idóneo para burlar disposiciones legales y evitar todo tipo de controles, por lo cual el Derecho canónico se siente en la necesidad de reafirmar la competencia del Ordinario ante este instrumento jurídico, por razón de la materia, las

³³CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (nota anterior, pag. 209 y s.s.)

³⁴CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Op. Cit. nota anterior, en pag. 209 y s.s.).

causas pías; de esta forma no quedan resquicios para plantear la posible duda interpretativa respecto al canon 1301 de si los fiduciarios son verdaderos ejecutores o si son herederos o tienen otra naturaleza y por tanto no se encuentran comprendidos en ese texto, sino que el c. 1302, atajando eso, declara al Ordinario supervisor de la fiducia. El c. 1302 dispone que "quien adquirió como fiduciario unos bienes destinados a causas pías, sea por acto *inter vivos* sea por testamento, debe informar de su fiducia al Ordinario, dándole cuenta de todos aquellos bienes, tanto muebles como inmuebles, y de las cargas anejas". CAMARA LAPUENTE³⁵ lo sintetiza en dos ámbitos: "Surge el problema interpretativo en cada testamento de si el testador ha prohibido "expresa y totalmente" este deber de información y rendición de cuentas de los bienes y cargas al Ordinario. Porque podría ocurrir que el testador lo prohibiera indirectamente, o de modo tácito o poniendo alguna condición impidiendo que se cumpla ese requisito, en cuyo supuesto no estaríamos en los términos de la orden de no aceptar del canon, y se reproducen los problemas apuntados. En el mejor de los casos, habría que discernir si lo hace por ignorancia y sin intención de que eso se considere como algo sustancial o bien lo realiza con plena advertencia y exigiendo a toda costa su cumplimiento. En el primer supuesto, "si fuese ostensible la voluntad e interés del disponente para que se constituyera la fundación pía, la prohibición pasaría a ser accesorio, y podría tenerse por no puesta, de modo análogo a lo dispuesto por el c. 1301 y siguientes. En el segundo caso, prohibición indirecta intencional (no "total y expresa"), parece que no nos encontramos en el supuesto del canon, y aunque se atiende a la intención, se llegaría a la solución que señalamos en el número siguiente, a continuación".

Entrando de pleno en el supuesto regulado por el canon 1302, esto es, el caso de un testamento que contenga una fiducia testamentaria para una causa pía y que incluya una cláusula por la que se prohíba al fiduciario terminantemente informar de la fiducia al Ordinario, para cuyo evento ordena el Código no aceptar el encargo fiduciario, que es válido para ciertas legislaciones forales –Catalana y Navarra-. Si el precepto canónico se cumple, a costa de frustrarse esa liberalidad piadosa por esa vía, se habrán evitado ciertamente todo tipo de conflictividades que obstruyan la misión tutelar del Ordinario, porque el problema no habrá llegado a plantearse. Pero hay que considerar, en primer término, la ascendiente que el precepto puede tener sobre un fiduciario, amigo o familiar del testador, laico y de segura buena voluntad, pero que puede estar

³⁵CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Op. Cit. nota anterior, pag 210 y s.s.).

alejado de los mandatos canónicos. En segundo término, podría ocurrir que el fiduciario testamentario (religioso o laico), por cualesquiera razones, ya sea desconocimiento, inadvertencia u otras, hubiera aceptado de hecho una fiducia con tal prohibición del testador. Siguiendo a VAZQUEZ GARCIA-PEÑUELA³⁶ : “en este caso, atendiendo a lo dispuesto en el c. 6, la aceptación es válida, porque el canon no lleva aparejada expresamente una sanción de invalidez del acto, como sucede en el caso de la aceptación de una fundación sin la previa licencia escrita del Ordinario del c. 1304, que es un supuesto análogo, pero en el que el desconocimiento de la función interventora del Ordinario determina, por voluntad del legislador, la nulidad del acto. Por tanto, como consecuencia del *favor testamenti*, de tanta raigambre en el Derecho canónico, y porque no se debe emplear la analogía en las sanciones restrictivas, cuando la ley no distingue, la misión de vigilancia del Ordinario en estas herencia queda, con las disposiciones legales a la vista, desprovista civilmente de exigibilidad en este supuesto”.

Pero no cesan ahí las críticas, y siguiendo a CAMARA LAPUENTE³⁷ “puestos de manifiesto estos problemas, que surgen del análisis comparado del párrafo 1º del c. 1302, no queremos dejar de decir unas palabras sobre el resto de la regulación de este controvertido precepto. Nada se dice sobre la manera de informar al Ordinario del encargo confidencial, que podría efectuarse tanto de forma oral como escrita, aunque ésta última parece más apropiada. En cuanto al plazo para cumplir ese deber, tampoco se fija ninguno, aunque debe presidir la actuación de los fiduciarios una celeridad especial, que viene impuesta por el c. 1300 que ordena que las pías voluntades se cumplan *diligentissime*. Esta disposición es armonizable, por ejemplo, con la ley 299 del Fuero de Navarra, que establece el plazo de 2 meses para informar al Ordinario de la Diócesis.

En resumen pues, el párrafo 2 del canon 1302, ya comentado, es una plasmación de la función tuitiva del Ordinario respecto a todas las liberalidades piadosas. El tercer párrafo de este canon distribuye la competencia sobre la vigilancia de la fiducia testamentaria cuando los bienes se encomiendan a un miembro de un instituto religioso o a una sociedad de vida apostólica, en función de los lugares o personas beneficiarios.

2.3.- Efecto de las normas de Derecho Canónico en la legislación civil actual. De

³⁶ VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J.M. (Op. en nota anterior, en general, toda la obra).

³⁷ CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (op. Cit. nota anterior, pag. 212 y s.s.).

esta forma, el Código de Derecho canónico de 1983 admitió la validez de la fiducia testamentaria y, de la fiducia sucesoria cuyo destino fuesen causas pías. Esto, sin embargo, planteó una serie de conflictos entre varias ramas del ordenamiento jurídico; actualmente, la doctrina se plantea un conflicto general entre el ordenamiento civil común y el canónico y, al menos, dos conflictos particulares con los ordenamientos forales. El Código civil, influenciado por los principios restrictivos del siglo XIX y por la prohibición de la fiducia testamentaria en algunos códigos europeos como el francés y, a su modo, el italiano, prohibió, como tendremos ocasión de analizar, esta figura con especial énfasis; señala el artículo 785, 4º CC que “no surtirán efecto las [disposiciones] que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador”. La disposición transitoria segunda del CC declara válidos “los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador” efectuados bajo la legislación anterior, pero su revocación o modificación, desde 1889 deberá hacerse conforme al nuevo Código. En primer lugar, vemos que la herencia de confianza se encuentra incluida en esa prohibición por su elemento confidencial o secreto. Otras manifestaciones de la fiducia testamentaria en sentido amplio están vedadas también en el ordenamiento civil común por efecto conjunto de artículos como el 670, 687 y 672 CC. De esta forma, en el ámbito del Derecho común español, la fiducia secreta ex *testamento* herencia de confianza está prohibida, sea cual sea su contenido, incluidas las causas pías que figuren como contenido de las instrucciones reservadas.³⁸

3. LA VIGILANCIA Y EJECUCIÓN ECLESIASTICA DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Acabamos de examinar cuál es el *status* actual, según la legislación vigente, de la función de vigilancia del Ordinario sobre la ejecución de las disposiciones piadosas o benéficas contenidas en una fiducia testamentaria en sentido restringido. Ciertamente, las conclusiones que se desprenden de su análisis no son demasiado propicias al favorecimiento de tal misión. Hay que destacar el importante papel que el Obispo desempeñó desde los comienzos de la Alta Edad Media hasta la época Contemporánea

³⁸CÁMARA LAPUENTE, S. “Fiducia secreta sucesoria”. (op. Cit. nota anterior). (Pág. 201).

en la ejecución y vigilancia del cumplimiento de las últimas voluntades. A tal fin, expondremos primero con la mayor brevedad posible las características de esta función episcopal y su desenvolvimiento histórico; a continuación, traeremos a estudio una curiosa pervivencia histórica en nuestros días, que trae su origen en el siglo XIV como derivación de esa vigilancia eclesiástica; se trata del Tribunal especial de Testamentos y Causas Pías de Barcelona.

1.- El Obispo. CAMARA LAPUENTE³⁹ relata con detalle la evolución histórica del papel del Obispo en el control de las disposiciones testamentarias. Ya desde antiguo la Iglesia procuró asegurar la ejecución de las liberalidades piadosas. En el Derecho romano se pueden ver los primeros ejemplos del Obispo-ejecutor de las pías voluntades. Pero es principalmente a partir del siglo VIII cuando el Obispo asumió esta función de ejecutor oficial de las causas pías y la vigilancia de las mismas; de manera que estas disposiciones debían contar siempre con un ejecutor, que, según señala MOSTAZO⁴⁰, el testador debía nombrar, y si no lo hacía, la ejecución correspondía directamente a los herederos, sin que el Obispo pudiera inmiscuirse salvo manifiesta negligencia del heredero; si el ejecutor descuidaba el cumplimiento fiel de la voluntad del difunto, podía ser constreñido por el Obispo a llevarlo a cabo, y si transcurría el tiempo durante el cual los ejecutores tenían que cumplir esos encargos, o bien hubiesen muerto, se devolvía al obispo su potestad de ejecutarlos aun contra la voluntad del testador; a su vez, esa potestad pasaba al metropolitano en caso de negligencia del Obispo. Así pues, la intervención del Obispo tenía carácter público en esta época, insoslayable aun cuando no hubiera sido rogada, y comprendía todas las últimas voluntades tanto pías como profanas, de todas las cuales era ejecutor (con carácter subsidiario) y en todo caso vigilante de su correcto cumplimiento. Incluso Gregorio IX, dispuso que no se podía eliminar esa intervención ni tan siquiera por expresa voluntad del testador. En alguno de los textos del Derecho histórico español se recogió esa intervención del Obispo en las disposiciones testamentarias. Así aparece recogido en las Partidas (6.10.7), en una clara influencia de las Decretales en el cuerpo alfonsino (GARCÍA GALLO⁴¹). Es curioso observar que este cuerpo legal acoge la posibilidad de que el

³⁹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta” (Nota anterior) (Pág. 214).

⁴⁰MOSTAZO. “Tratado de causas pías en género y en especie”. Venecia. 1715. Edición de “Araid Paulum Balleonium.”

⁴¹GARCÍA GALLO, A. “Las instituciones sociales en la España de la Alta Edad Media (Siglos VIII-XIII)”. Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social, nº1 (1945). También en “El

Obispo obligue a cumplir a los ejecutores remisos a llevar a cabo la voluntad del difunto, o incluso a removerlos del cargo, nombrando "otros buenos albaceas" para que cumplan en su lugar; era parecido al que tenía otra institución, el Tribunal especial de Testamentos y Causas Pías de Barcelona, admitido posteriormente por la Compilación catalana de 1960. Sin embargo, en el Derecho castellano el reconocimiento de esta potestad se perdió con el tiempo.

A partir de la segunda mitad del siglo XVI, la omnímoda jurisdicción eclesiástica que se venía ejercitando sobre los testamentos en general fue derivando hacia la ejecución de las causas pías exclusivamente (GARCIA GALLO⁴²). Se debió a la reformulación que efectuó el Concilio de Trento sobre los poderes de los ejecutores natos de las pías voluntades. El Concilio prescribe que los obispos sean ejecutores de las mismas, como delegados de la Santa Sede, con derecho de visita de los institutos religiosos, y estableció la obligación de los administradores de rendirles cuentas. Pero esta regulación conciliar, se circunscribe a las causas pías, para las que otorga a los ejecutores subsidiarios (obispos) poderes coactivos frente a los ejecutores negligentes (RIESCO TERRERO⁴³). Se fueron distanciando las regulaciones canónicas y las civiles, y se produjo en el ámbito del Derecho histórico español, la secularización de la misión de los obispos, que pasaron de ser ejecutores de las disposiciones piadosas como albaceas legítimos, que se inició en la Novísima Recopilación, a someter estas causas a los jueces seculares; la culminación de este proceso tuvo lugar con el Decreto de unificación de Fueros de 1868 que sustrae a la jurisdicción eclesiástica el nombramiento de albaceas dativos (GARCÍA GALLO⁴⁴).

2.-El Tribunal eclesiástico especial de Testamentos y Causas Pías. Siguiendo a

problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media Española" A.A.M.N. Tomo X. 1959. (pag 260 y 264).

⁴²GARCÍA GALLO, A. "Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio". AHDE.21-22 (1952) (Pág. 345 a 528). También en "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española". A.A.M.N. Tomo X Año 1959. (pag. 260 y 264). Lo recoge también en "Los documentos y los formularios jurídicos de España hasta el Siglo XII" A.A.M.N. Tomo XXII.(páginas 152 y s.s.). Lo recoge en "Manual de Historia del Derecho Español". 10ª reimpresión. Madrid 1984. (pags 345 y 346).

⁴³RIESCO TERRERO, A. "Legislación actual sobre las herencias y legados píos de 1889 a 1960" (A.D.C. (XV), 1962 (Pág. 365 a 405)).

⁴⁴GARCÍA GALLO, A. "El documento y los formularios jurídicos en España desde la época prerromana a la Alta Edad Media". (Anales de la Academia Matritense del Notariado). Madrid, 1978. Lo recoge también en "Los documentos y los formularios jurídicos de España hasta el Siglo XII" A.A.M.N. Tomo XXII.(páginas 123 y s.s.)

CAMARA LAPUENTE⁴⁵, según la Concordia de 1305, los Tribunales eclesiásticos, y en particular el de la diócesis de Barcelona, podían, junto con los jueces seculares, exigir y vigilar el cumplimiento de las disposiciones piadosas contenidas en los testamentos. Lo que nos indica la importancia y facultades de la Diócesis de Barcelona y de los poderes de que gozaba el Obispo según la legislación canónica anterior y reiterada en los concilios. A diferencia del ámbito secular, este Tribunal no se mencionó en el Decreto-Ley de Unificación de Fueros ni en el Código civil, por lo que algunos autores entendieron su subsistencia con base en los numerosos textos de Derecho canónico y civil que lo facultaban, textos que son de Derecho supletorio para el Derecho catalán. Esta consideración de su subsistencia fue plenamente ratificada por la Disposición final tercera de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, ley 40/1960, de 21 de julio que decía: “Conservará su competencia el Tribunal de Testamentos y Causas Pías de la diócesis de Barcelona, según la Concordia de veintisiete de septiembre de mil trescientos quince”. Las modificaciones legislativas posteriores parecen haber eliminado (no de forma expresa) esta competencia jurisdiccional especial, como veremos después. Asimismo, la competencia del Tribunal Eclesiástico Especial de Testamentos y Causas Pías de Barcelona fue reconocida por el Tribunal Supremo en sentencias de 18 marzo 1865, 29 abril 1876 y 25 noviembre 1884⁴⁶, las cuales admitieron sus facultades para designar albaceas y herederos de confianza y subrogarles en lugar de los que falleciesen o renunciasen con el fin de que no quede incumplida la voluntad del causante referida a obras pías (CAMARA LAPUENTE⁴⁷). Este Tribunal estaba constituido por un juez-auditor, un fiscal y un notario-secretario; al primero le confería el prelado autorización para el conocimiento de cuanto se relacionase con la materia de testamentos, legados y causas pías. Una de

⁴⁵CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Op. Cit. nota anterior). (Pág. 217). Expone este autor que la Concordia celebrada en 1305 entre el rey Jaime II y el Obispo Pons de Barcelona, que constituyó después el tít. II, lib. VI, *De leixas pias*, vol. II de las “Constitucions y altres Drets de Catalunya” dice así: “Empero, si primeramente es requerida especialmente y de un modo expreso la Curia eclesiástica, ella sola entienda y falle, y dicte con Censura Eclesiástica, sin impedimento alguno de la Curia secular, añadida la condición expresa de que no haya engaño por alguna Curia, sino que la una ayude a la otra, si en lo referido fuere necesario. Por lo dicho no se entiende que queda derogado para el Señor Obispo expresado, y sus sucesores, nada de lo que, aun por su oficio, pueden, visitando las Iglesias Parroquiales de la Ciudad y Diócesis de Barcelona, y otras por oficio, sin Visita, buscar y proceder generalmente, según les compete en Derecho, contra los albaceas y ejecutores de Testamentos y sus herederos, que descuidan llevar a efecto los legados para las Causas-Pías y algunas mandas de Testamentos, y con Censura Eclesiástica obligarles a dar de ellos razón, y sin que puedan proceder contra los mismos”.

⁴⁶Todas ellas anteriores a la publicación del Código Civil.

⁴⁷CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, pag. 218 y siguientes).

las principales potestades de esta jurisdicción especial consistía en nombrar albaceas subrogados para el caso de que, habiendo el testador designado albaceas con encargos piadosos, éstos no cumpliesen por completo su cometido; el Tribunal podía tomar esta decisión incluso cuando el propio testador no dio a aquellos la facultad de subrogarse. Así pues, en el caso de remoción de albaceas o cabezaleros designados por el testador, con motivo de su negligencia o incumplimiento (por muerte, renuncia o, simplemente, incuria), para poder el Tribunal nombrar ejecutores dativos que cumpliesen la voluntad pía, ésta debería ser en alguna medida conocida, bien porque el “confidenciario” sustituido la reveló pero no la cumplió o bien porque existan otros albaceas o ejecutores testamentarios que pudiesen dar fe de ese destino secreto y la cumplan junto a esos nuevos ejecutores, como son los supuestos de hecho de las SSTS de 29 abril 1876 y 28 noviembre 1884. Tenía competencia para conocer de los actos de vigilancia y ejecución que el Ordinario (en la diócesis de Barcelona) efectuase en cumplimiento del vigente c. 1302, en la medida de la validez civil ya examinada de tales actos (BORRELL Y SOLER⁴⁸). Estas eran las competencias y funcionamiento del Tribunal de Testamentos y Causas pías de Barcelona hasta 1984, habida cuenta de su expreso reconocimiento legislativo y jurisprudencial. La ley 13/1984 de 20 de marzo, que modificó la Compilación, cuyo texto refundido se aprobó por Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, alteró el contenido de las disposiciones finales y suprimió sin explicación expresa la anterior Disposición final tercera de la Compilación de 1960 transcrita. El vigente Código de sucesiones catalán aprobado por la ley 40/1991, de 30 de diciembre, tampoco contiene mención alguna a este Tribunal. La subsistencia del contenido de la disposición final 3º de la Compilación de 1960 vendría avalada igualmente por la falta de cualquier aserto en contrario en las exposiciones de motivos de las leyes de 1984 y 1991, así como por la ausencia incluso de una disposición transitoria que previniese los hipotéticos conflictos que surgiesen a raíz de la derogación y que sirviese de aviso sobre la misma. Recoge CAMARA LAPUENTE⁴⁹

⁴⁸BORRELL Y SOLER, A. “Derecho civil vigente en Cataluña”. Edición de 1923 (Pág. 203).

⁴⁹CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Op. en nota anterior) (Pág.220 y s.s.). Detalla un importante dictamen del Consejo consultivo de la Generalidad de Cataluña, que << revela que dicho silencio debe interpretarse, precisamente, como prohibición, con fundamento en la tacha de inconstitucionalidad de ese Tribunal eclesiástico. El Parlamento de Cataluña solicitó un dictamen al Consejo consultivo de la Generalidad acerca de la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de la Proposición de Ley de Compilación del Derecho Civil de Cataluña, elaborado por la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana (B. O. P. C. 9 diciembre 1983). El citado Consejo emitió un dictamen (nº 60) fechado el 14 de febrero de 1984, cuyo ponente fue el sr. don Francisco

que en definitiva, se suprimieron por inconstitucionales tanto las funciones de vigilancia y ejecución que la Compilación otorgaba al Obispo en el ámbito *mortis causa*, como su prolongación privilegiada en el Tribunal de Testamentos y Causas Pías de Barcelona. Sin entrar a calificar la razonabilidad de la decisión, cabe concluir que la técnica legislativa empleada para ello es defectuosa, ya que está basada en la omisión y la ausencia de cualquier mención esclarecedora en los textos legales. La falta de una disposición transitoria que regulase las consecuencias de la abrogación acaso puede explicarse en razón de la ausencia de pleitos relacionados con dicho Tribunal y con la herencia de confianza misma en las últimas décadas.

En conclusión, el Derecho canónico, destaca y solo resta la figura del Obispo como ejecutor testamentario oficial para causas pías. El Código de Derecho canónico de 1917 la recogió en toda su amplitud principalmente en los cánones 1515 y 2348 (sobre los medios de coacción al cumplimiento), así como en el 1516 sobre su función respecto a las disposiciones fiduciarias. El *Codex* de 1983, actualmente en vigor, ha mantenido esa intervención del Ordinario con todos los poderes que se le reconocían desde antiguo (salvo las censuras eclesiásticas, parece, por supresión del c. 2348), en

FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO. El artículo 30 de la Proposición de Ley mantenía el texto de la disposición final tercera originaria de la Compilación, que pasaría a ser disposición final quinta, según la cual "el Tribunal de Testamentos y Causas Pías de la Diócesis de Barcelona conservará su competencia, según la Concordia de 27 de septiembre de 1315". Con su argumentación, el dictamen, que trata esta materia junto a los incisos de la Compilación relativos al control de los albaceas por el Ordinario (arts. 240 y 241,1), alteró la directriz conservadora propuesta por la Comisión de Justicia. El Consejo consultivo enfocó la cuestión como un problema competencial y llegó a las siguientes conclusiones: "Entendemos que estos privilegios hoy no están justificados por las siguientes razones: a) Porque el propio planteamiento de la Concordia impide que pueda hablarse de Tribunal consuetudinario o tradicional (arts. 125 CE y 18.3 EAC). b) Por la propia naturaleza del privilegio respecto a un determinado fuero histórico (el de la Iglesia católica), el cual produce una clara discriminación. No se trata, en este caso, de una desigualdad razonable en el ejercicio de los derechos, sino de una desigualdad objetivamente discriminatoria. Lo cual no tiene siquiera la razón —empleada con referencia al testamento ante Rector— de la libertad individual de acudir o no a solicitar sus servicios. Por el contrario, en este caso, los albaceas y los herederos, si procede, cualquiera que sea su creencia y aunque no la tengan, quedan sometidos a la autoridad y al poder coercitivo del Ordinario o del Tribunal, con plena vulneración del derecho individual en materia religiosa. c) Por último, los preceptos que dictaminamos ni vulneran directamente la competencia del Estado en materia de Administración de Justicia, porque podría decirse que ésta no es una cuestión competencial en el sentido de la Constitución o que —como ocurre con el testamento ante Rector— la competencia del Estado queda acotada por esta 'conservación' peculiar de instituciones a que se refieren los artículos 148.1.8 CE y 9.2 EAC (implícitamente, también, art. 238, segundo párrafo). "El tema va más allá de una simple cuestión de esta naturaleza. Se trata de un recorte inadmisibles de las 'competencias' del propio Poder Judicial, que es el único que, en *toda tipo de procesos*, puede juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atribuir a los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos a través del *juez ordinario* (arts. 24.1 y 2, y 117.3 CE). En consecuencia, entendemos inconstitucionales los incisos relativos al Ordinario de la Diócesis (arts. 240, párrafo segundo, y 241, párrafo segundo) y la propuesta Disposición Final Quinta">>

los cc. 1301 y 1302, ya transcritos, además de algunos otros como el 1304 que no son sino plasmación del más general, el 1301. Este desentendimiento recíproco entre las legislaciones canónica y civil ha dado lugar a no escasos conflictos, muchos insolubles, especialmente cuando el Código civil sustrae de la vigilancia episcopal la ejecución de bienes destinados a causas pías por la aplicación, entre otros, de los artículos 747, 749 y 788 CC, los cuales cercenan el Derecho absoluto del Ordinario (MALDONADO FERNANDEZ DEL TORCO⁵⁰).

4.- SIGLO XIII: EL IUS COMUNE: LA CONFIGURACION DE LA FIDUCIA TESTAMENTARIA EN LA DOCTRINA Y EN EL FORO.

Se produce una figura evolucionada del ejecutor testamentario con las características examinadas. A esta institución jurídica con utilización práctica, los glosadores y los textos legales fueron asociando la de los “fideicomisarios”, recuperando el antiguo fideicomiso romano como fruto de la reelaboración del Derecho justiniano en las escuelas jurídicas. Tomando pie en esa simbiosis de ejecutor y fideicomisario que era tenido por heredero, y en el importante ingrediente canónico examinado, la costumbre acogió con entusiasmo el uso de la fiducia, en algunos casos secreta, que comenzó a gozar de cierta independencia en las enseñanzas de los prácticos a partir del siglo XIV y que afirmó su sustancia como categoría autónoma de las bases que le sirvieron de matriz desde finales del siglo XVI. Debemos tratar, aunque someramente, en primer lugar, la evolución de los ejecutores con respecto a la fiducia testamentaria; a continuación, el tratamiento por la Glosa y el Comentario del fideicomiso romano, con las importantes consecuencias que esta modernización del fideicomiso y sus nuevos enfoques; y por último, recogeremos la evolución de la fiducia testamentaria en los textos antiguos, en contraste con épocas anteriores.

1.-La conceptualización de la figura del fideicomisario que evoluciona como consecuencia de la de los ejecutores testamentarios. Durante los siglos XII y XIII el ejecutor testamentario es considerado como heredero, mediador y árbitro de la transmisión, titular de los bienes que debe transmitir, es un auténtico sucesor-representante con amplios poderes. Y esa consideración tiene entre los autores, que fundamentan tal aseveración en los textos del *Corpus* justiniano. Así pues, se

⁵⁰MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. “Las causas pías en el Derecho civil” (Op. Cit nota anterior) (Pág. 460 y s.s.)

consideró tanto por los romanistas como, con más profundidad, por los canonistas, que los ejecutores universales "*nomen et vim habent haeredem*"; y el ejecutor particular era "*minister vel legatarius vel fideicommissarius*". En ambos supuestos se trató de explicar la ejecución testamentaria a través del fideicomiso, como veremos. La asimilación del ejecutor al heredero ayudó a superar el problema dogmático verificado con frecuencia en la práctica en el que el testador no nombraba ningún heredero en el testamento, pero sí numerosos legados y un ejecutor. A éste se le consideró como fiduciario ("fideicomisario", según el lenguaje de la época); y, verdaderamente, la figura del ejecutor medieval era la de un heredero fiduciario.

CAMARA LAPUENTE⁵¹ resume que desde el siglo XVI, al menos según lo prueba la práctica notarial española, se usó del instrumento del poder testatorio anejo al testamento mismo para conferir a los ejecutores con encargos fiduciarios (que por entonces ya eran reconocidos con caracteres propios por los juristas) poder bastante para cumplir las instrucciones declaradas o en otros casos reservadas del testador. Estos poderes se otorgaban para alejar toda duda sobre sus facultades, y de esta forma, remitiéndose para su actuación a lo que les tenía comunicado en confianza, el testador conseguía dejar en secreto sus deseos. Aunque es este un mecanismo distinto de la fiducia testamentaria propia, en la que el fiduciario aparece como heredero o legatario con ese encargo, es curioso constatar cómo ese cauce jurídico de tanta analogía se

⁵¹CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Op. en nota anterior) (Pág. 223-224-225) Hace referencia a: -JACOBO DE ARENA y JUAN DE ANDRÉS, mencionados en un estudio erudito de TERCÍ que interpreta a AMBROSINI, en "Disposición testamentaria" (Pág. 285 y s.s.) -CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. "Quotidianarum controversiarum". Libro 4. Cap. 27, nº 20. (Edita Colonial Allobrogum 1752). CAMARA compila la doctrina romanista a partir del siglo XIII, sobre la figura del ejecutor testamentario con encargos fiduciarios, que aparece como típica y recoge testimonios en las obras de JACOBO DE ARENA y JUAN DE ANDRÉS. Antes, entre los siglos VIII y XIII, es difícil asegurarlo a ciencia cierta de los documentos, pero se deduce la existencia anterior de esta figura, como prueba la posibilidad de aunar en un sujeto, el cabezalero, las funciones de ejecutor y de testigo único, en los textos del Derecho histórico español. Por otra parte, los juristas admiten plenamente la atribución a los ejecutores de la declaración de la institución de heredero, pues eso implica una voluntad terminada, determinada y pasada, por parte del testador; debido a lo cual no se entienden contravenidas las prohibiciones de origen romano sobre dejar la disposición testamentaria al arbitrio de otro, es decir, el principio del personalismo en el testamento. También los escritores antiguos admitían que el testador comunicara confidencialmente su voluntad al tercero para que la declarara bajo ciertos requisitos: según CASTILLO SOTOMAYOR, <<el testador debía nombrar *ore proprio* al heredero y en forma directa y personal, sin señas o signos, sino *viva voce* o *manu testatoris*. En esta misma época surgen también los llamados *testatores et ordinatores*, es decir, ejecutores con amplios poderes para ordenar a su albedrío la herencia del causante; son el origen de lo que hoy conocemos como testamento por comisario; en otro orden de cosas, los ejecutores testamentarios fueron con el tiempo circunscribiéndose al concepto moderno de albaceas; pero debe quedar claro, por lo expuesto hasta ahora, que en su origen medieval y en su práctica durante varios siglos fueron algo más que meros albaceas>>.

empleó con harta frecuencia tanto en el Derecho castellano como en los ordenamientos forales.

2.- **La Glosa: la madurez del concepto de los fideicomisarios.** Con la Glosa, resurgió el fideicomiso romano clásico. Glosadores y comentaristas acercaron esta figura a los elementos de la época, para hacerlos útiles a las necesidades del momento, y en especial al feudo y a la unidad familiar, creando de esta forma nuevas figuras. Se funde el concepto de ejecutores testamentarios con el de los fideicomisarios y el de fideicomiso con sustitución fideicomisaria; esta identificación pervivirá en muchas legislaciones actuales. Respecto a la primera asimilación, se utilizó el soporte desarrollado que suponía la figura del ejecutor testamentario para hacer entrar en el ámbito jurídico al fideicomiso. LALIN DE ABADÍA⁵² recoge los clásicos romanistas que interpretaron la figura en la época.

La equiparación entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria en la Edad Media, es fruto de la interpretación de los glosadores y post glosadores. Problemas en la sociedad, de tipo social y económico, como el empobrecimiento general que hizo aumentar la importancia de la propiedad inmobiliaria, o bien la organización feudal, imprimieron un nuevo carácter al fideicomiso romano, del que se potenció en concreto un tipo: el fideicomiso familiar. Se incorporó el principio sucesorio feudal de la primogenitura y se le añadió la facultad de establecer un orden sucesorio predeterminado por el testador, propio de las sustituciones del Derecho romano, que éste había mantenido siempre como institución bien distinta del fideicomiso. Si a esto sumamos la posibilidad de declarar inalienables e indivisibles los bienes fideicomitidos de esta forma, el resultado son nuevas figuras como el mayorazgo o las vinculaciones. La labor

⁵²LALIN DE ABADÍA. "Derecho histórico español". Editorial Ariel, Barcelona 1974) (Pág. 489 a 491). Recoge esta obra los siguientes clásicos: -PÉREZ DE SALAMANCA. "Comentaria in quatuor libros ordinatorum regui Castella". (Ed. Salmanticae 1609). -ESPINO DE CACÉRES. "Speculum testamentorum sine Thesaurum Universal Iurisprudential". (Ed. Metymnae a Campi, 1953). LALIN DE ABADIA recoge los clásicos romanistas que interpretaron la figura en la época: <<comentarios de BARTOLO, BALDO O JASON DE MAYNO, por ejemplo. Así pues, el *lus comune* conocerá todos los supuestos de ejecutores que se desarrollan desde el siglo VIII ("espondaleros", "cabezaleros", "manufideles", etc.) con el nombre de "fideicomisarios". Juristas españoles, como CARPIO —que desarrolló la teoría más completa sobre los ejecutores hasta ese momento—, PEREZ DE SALAMANCA, ESPINO y otros, desarrollan su doctrina sobre esa identificación de las Partidas: "Cabezaleros e testamentarios, en latín llamados fideicomisarios *"porque en la fe e en la verdad destos ornes tales dexan e encomiendan los faxedores de los testamentos, el fecho de sus animas"*. De esta forma, al ser paulatinamente absorbida (o fundirse) la figura del ejecutor testamentario por la del fideicomisario, la misma figura del ejecutor testamentario con encargos secretos se subsume en la del heredero (o legatario) fiduciario, de corte eminentemente romano y sede del instituto de los fideicomisos secretos romanos>>.

de los juristas por vía interpretativa consistió principalmente en la conjugación de dos figuras, hasta ese momento, distintas, el fideicomiso y la sustitución, hasta conseguir fundirlos en el tipo único de las sustituciones fideicomisarias, obviando las sustanciales diferencias entre ambos institutos (CAMARA LAPUENTE⁵³). Para los canonistas, la *sedes materiae* para tal interpretación fueron los cánones 26, X, 3, 26 (que contiene la comentada Decretal de Inocencio III), y 18, X, 3, 26 (decretal de Gregorio IX sobre detracción de la Trebeliánica), a partir de las cuales desplegaron toda la teoría de la sustitución fideicomisaria. De esta forma, el fideicomiso romano perdió sus genuinos caracteres y, aunque se sigue usando su nombre sin solución de continuidad, debe hablarse en esta época (desde los siglos XIV y XV), más que de fideicomiso, de sustitución fideicomisaria. Esta confusión o amalgama del fideicomiso con la sustitución fideicomisaria, verificada en esa época, y que se prolongó hasta los tratadistas de la época Contemporánea ha conducido a afirmar que la institución de los herederos de confianza, lo mismo que las otras similares, tiene su filiación en la amplísima materia de las substituciones fideicomisarias. La misma idea subyace en los codificadores españoles, que radicaron la prohibición de la herencia de confianza en el Código civil en sede de sustituciones fideicomisarias (sección 3a, “De la sustitución”, cap. 2º, tít. 3º, libro III del CC), en concreto en el artículo 785, 4º que trata de la nulidad de algunos tipos de sustituciones fideicomisarias. Y este es el punto donde se divergen la fiducia ordinaria sucesoria de otras figuras de la misma familia pero con características y facultades más o menos amplias para el fiduciario, como por ejemplo la fiducia secreta o la herencia de confianza. CAMARA LAPUENTE⁵⁴ disiente de esta concepción que hicieron los glosadores de la distinta naturaleza de esas figuras, pues para este autor, cuyo estudio versa sobre la herencia de confianza, no trae causa de estas sustituciones sino del fideicomiso puro romano, y es aquí donde divergen las dos instituciones de tronco común pero de tan distintos efectos: por un lado la fiducia sucesoria y por otro la de la herencia de confianza.

⁵³CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior). (Pág. 227-228). Disiente CAMARA LAPUENTE en los términos siguientes: “Como se ve por la evolución expuesta, este juicio es, a nuestro entender, errado, pues la herencia de confianza no trae su causa de estas sustituciones, sino del fideicomiso puro romano (secreto) y de otras influencias, pero no de la figura mixta y, si se nos permite, “transvertida” del fideicomiso medieval en el sentido de sustitución fideicomisaria. Para la época de esa nueva construcción fideicomisaria, la fiducia testamentaria secreta ya gozaba de autonomía conceptual y había sido utilizada ampliamente con anterioridad por la vía de los ejecutores testamentarios con encargos secretos, que nada tienen que ver con la sustitución fideicomisaria”.

⁵⁴CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (Op. Cit. nota anterior, en pag. 229).

5.- DEL SIGLO XII A LA PRIMERA MITAD DEL XIV.

Así pues, como hemos visto, las obras de los glosadores y la Glosa misma revelan que no existió un intento de construcción dogmática ordinaria sobre las disposiciones testamentarias fiduciarias; la vía sería examinar las glosas de los pasajes del Derecho romano que versan sobre el fideicomiso. En cualquier caso, la atención que se dedicó a la figura es dispersa y en ningún momento aparece el nombre más técnico de fiducia testamentaria. Durante el período del Derecho común, y en especial en este tracto, a la difusión de hecho de la fiducia no correspondió adecuadamente la elaboración científica, pues los juristas carecieron de una concepción clara y precisa sobre la esencia y la naturaleza jurídica del instituto (GARCÍA GALLO⁵⁵).

6.- DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIV AL SIGLO XVI.

Recoge CAMARA LAPUENTE⁵⁶ que los post-glosadores comienzan propiamente la elaboración jurídica de esta figura, sobre la base del Derecho justiniano, tal y como fue conservado e integrado por la legislación canónica, que, como vimos, se ocupó de

⁵⁵GARCÍA GALLO, A. “El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española”. (A.A.M. Notariado) X-1959 (Pág. 247-276)

⁵⁶CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Op. Cit. pág. 231). “Reunieron los comentadores las leyes romanas relativas a la fiducia testamentaria y, en una primera sistematización endeble, extrajeron algunas reglas sobre su funcionamiento. Su preocupación capital fue, no tanto el estudio de su naturaleza jurídica (que no suelen enjuiciar en profundidad), sino determinar su validez o no y la correspondiente fundamentación. BARTOLO DE SASOFERRATO (1313-1358) sostuvo la plena validez de la fiducia testamentaria con apoyo en las leyes romanas, asimilándola a los fideicomisos tácitos o secretos, y <<en especial a las disposiciones a favor de los hijos espúreos, muy frecuentes también en el Medievo, junto con las hechas *pro exoneratione conscientiae*. Para él se trata de un negocio *per relationem* especial, pues la remisión, en lugar de estar hecha a un documento privado de forma, lo está mediante la comunicación verbal y secreta acaecida entre el testador y el fiduciario; de su elaboración se obtuvo una regla absoluta en la materia, que perdura hasta hoy: que la declaración de éste, sea judicial, sea extrajudicial, y aunque se haga sin estar presentes los interesados, es siempre válida e irrevocable. Las enseñanzas de BALDO DE UBALDIS (1328-1407) sobre la materia, son interesantes: el jurista examina con prolijidad el principio romano de la posibilidad de instituir, por fideicomiso, heredero o legatario con el gravamen de restituir a un tercero, y se preocupa de definir la posición del gravado. Se muestra poco favorable a los fideicomisos ocultos, pero cuando se trata de disposiciones piadosas, afirma su validez *ratione peccati*, aunque hubiera sido hecho sin escritura ni presencia de testigos. Sigue su doctrina su hermano ANGEL DE UBALDIS, que añade que el testamento fiduciario no puede decirse simulado por el hecho de que alguno es instituido heredero y otro, no mencionado en él, debe beneficiarse de los efectos de la institución>>. El tratamiento de la fiducia en esta época, si bien aún insuficiente y con muchas carencias, culmina en ALCIATO, último de los comentaristas, que en sus *Pandectas* respalda la plena validez de la fiducia testamentaria, si bien sin utilizar este nombre técnico aún. Acusa gran influencia del Derecho de la Iglesia; sostiene que los herederos del fiduciario deben satisfacer la confianza depositada en su causante aunque haya transcurrido el tiempo civilmente necesario para la prescripción. ALCIATO combate con viveza la construcción que considera al heredero fiduciario como destinatario *ex contractu*”.

la fiducia *mortis causa* para obras pías. Reunieron los comentadores las leyes romanas relativas a la fiducia testamentaria y, en una primera sistematización, endeble, extrajeron algunas reglas sobre su funcionamiento.

En definitiva, la cuestión es si son válidas o no este tipo de cláusulas fiduciarias. CAMARA LAPUENTE hace una exégesis sobre distintos autores clásicos de la época y concluye en que para todos son válidos los fideicomisos secretos o tácitos, por lo que lógicamente serán también válidas las cláusulas fiduciarias. En conclusión, para este autor, el contrato estipulado entre el testador y el fiduciario sería un pacto hereditario prohibido en principio, porque limitaría la facultad de disponer del testador; pero válido si se trata de un heredamiento o contrato sucesorio.

7.- EL SIGLO XVI

Los juristas europeos, sobre la base de supuestos célebres de su época y decisiones jurisprudenciales, elaboran una construcción teórica, más o menos sistemática, en torno a la fiducia sucesoria, que se perfila como institución con autonomía propia. La fundamentación jurídica que aducen hunde sus raíces en el Derecho romano y en la Glosa y el Comentario al mismo de autores anteriores, así como en el Derecho canónico. Surgen esta época las primeras tesis de no aceptar como fiducia ordinaria la secreta, por lo que se debe articular un sistema de regular claramente cuáles son los límites de la ejecución de las disposiciones de última voluntad, en orden a establecer claramente cuáles son las facultades de los fiduciarios, lo que se permite determinar otras clases de figuras que proceden de la familia del fideicomiso romano puro, pero que participan de distinta concepción en la amplitud de la maniobrabilidad del encargado de distribuir, adjudicar, determinar herederos de entre cierto ámbito de personas, o incluso de elegir a esos herederos (CAMARA LAPUENTE⁵⁷); todo esto determina, que a partir de aquí surjan las distintas instituciones según las facultades conferidas por la Ley, de las que surge la fiducia sucesoria.

⁵⁷CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior). (Pág. 231). Recoge este autor que el primer jurista que aisló la fiducia testamentaria, la distinguió de otras instituciones afines y se ocupó de establecer la naturaleza y requisitos del heredero fiduciario, fue ANTONIO PEREGRINO en su tratado “*De fideicommissis praesertim universalibus*”. Para este autor, que recoge las tesis de no aceptar como fiducia ordinaria la secreta, “se debe articular un sistema de regular claramente cuáles son los límites de la ejecución de las disposiciones de última voluntad, en orden a establecer claramente cuáles son las facultades de los fiduciarios, lo que se permite determinar otras clases de figuras que proceden de la familia del fideicomiso romano puro, pero que participan de distinta concepción en la amplitud de la maniobrabilidad del encargado de distribuir, adjudicar, determinar herederos de entre cierto ámbito de personas, o incluso de elegir a esos herederos —en las más amplias facultades”

8.-REELABORACION DE LOS DERECHOS TERRITORIALES EN ESPAÑA

8.1.- DERECHO CASTELLANO

8.1.1.- El Fuero Juzgo (s. XIII). Recoge y estudia SALCEDO IZU⁵⁸ el texto en la materia que nos ocupa. En el libro II, título 5º ("*De los escriptos que deven valer ó non, et de las mandas de los muertos*") existen tres leyes que hacen referencia a esta figura que estudiamos. En la ley 11, "*De las mandas de los muertos, cuemo deven seer esscriptas é firmadas*" que es la ley más antigua, tomada del Derecho romano, en la que se señalan las cuatro formas válidas de disponer las mandas, la última de las cuales es el testamento oral, que pudiera ser una forma de fiducia sucesoria: ("*si algun omne faze su manda ante testigos sine escripto*"); los testigos, según el Fuero Juzgo, deberán jurar que fueron rogados, requisito inexcusable, y revelarán el contenido de la manda ante el juez bajo juramento, antes de seis meses; además de esto, el juramento deberá ser confirmado por ellos mismos y por otros testigos. Por su labor, reciben los testigos la vigésima parte del dinero del muerto y se les condena a falsedad si no hacen saber el contenido de la manda a sus beneficiarios antes de seis meses —desde la muerte del testador—. Así pues, se configura a estos testigos en el Fuero Juzgo, siguiendo la idea romana, como conocedores y probadores de la voluntad del difunto, sin ninguna otra misión asociada. Estos portadores de la voluntad sucesoria del causante, reflejando con más evidencia la relajación formal, se permiten como caso excepcional en el supuesto de largo viaje o encontrarse en la guerra el testador, en una disposición original⁵⁹ del

⁵⁸SALCEDO IZU J. "Sistema de fuentes histórico jurídicas españolas". 8ª edición. Pamplona, 1990 (Pág. 87 y s.s.)

⁵⁹*Liber: <<Ley 12, tít. 5, lib II: "De las mandas daquellos que van en romería, cuerno deuen seer firmadas. Aquel que muere en romería, ó en hueste, si oviere omnes libres consigo, escriva su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escribir, ó non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que se pa el obispo que son de buena fe, é que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su iuramiento, fágalo el obispo ó el juez escrivir des pues, é sea confirmado por ellos é por el rey">> La única diferencia importante de redacción entre este texto del Fuero Juzgo y el de la Lex Gothorum está en que aquél dice "si oviere omnes libres" y este decía "si ingenios secun non habuerit". Para finalizar, reproducimos la ley 10 del título 5 ("*De las cosas encomendadas hy enprestads*") del libro V, que sanciona el régimen del testamento escrito *commendatum*, es decir, entregado por el testador a una persona para su custodia y entrega:<<A quien deven seer dados los testamentos et las escripturas. El testamieto pues que fuere demostrado por aquel omne que lo tinie ante testimonias, dévelo entregar a aquel heredero que deve aver la mayor partida de la buena. E si lo diere a otri si non tí aquel heredero, peche el duplo tí aquel á quien fizo el enganno. E las escripturas que son comunales entre las partes, si alguno las toviere en comienda, assí cuemo testimonias, é yuyzios, é pleytos, e donaciones, é otras tales; si aquel que las toviere en comienda las diere a' la una de las partes sin el otra, dévelas demandar é darlas d ambas se so uno>>.*

Liber. Hay una diferencia de redacción entre el texto del Fuero Juzgo y el de la *Lex Gothorum* está en que aquél dice "*si oviere omnes libres*" y este decía "*si ingenios secun non habuerit*". Además en la Ley X del libro V, se sanciona el régimen del testamento escrito *commendatum*, es decir, entregado por el testador a una persona para su custodia y entrega.

8.1.2.- Libro de los Fueros de Castilla (s. XIII). Para GALO SANCHEZ⁶⁰ se trata de la obra privada y la redacción más antigua del Derecho territorial de Castilla la Vieja en su conjunto. No es un Fuero municipal extenso, sino que recoge las normas jurídicas que tenían o podían tener valor de generalidad en el país castellano. En el número 124 se realiza una detallada descripción de cómo deben actuar los mansesores⁶¹.

En principio, es importante hacer constar que en el texto se introduce la denominación nueva de "mansesores". Es la primera constatación en un cuerpo legal de este término para designar a los ejecutores testamentarios. El Libro de los Fueros de Castilla, utiliza como sinónimo de esta palabra "limosneros", por ser la entrega de las limosnas una de las funciones que los identifica. Además de esta misión habitual en su época, este pasaje dice que pueden estar encargados también de pagar deudas, si el testador se lo ordenó, y el L. F. C. da preferencia reiteradamente al pago de las deudas antes que las limosnas por estos mansesores si estuviesen encargados de ambas cosas.

CAMARA LAPUENTE lo recoge en su estudio⁶². Los mansesores son apoderados en una cosa mueble o en un inmueble y actúan como intermediarios de su transmisión. Ese poder sobre las cosas, puestas bajo su mano ('mansesores = *manumissores*') para cumplir la voluntad del difunto, y la posibilidad, incluso, de vender los inmuebles, induce a pensar en una suerte de fiduciario del estilo del fiduciario romano, con un dominio sobre los bienes del difunto modulado por su mandato de destinarlos a ciertos

⁶⁰SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G. "Introducción al Libro de los Fueros de Castilla". Editorial de Galo Sánchez. Barcelona 1924.p IX (Pág 62 y63).

⁶¹<<124. Titulo de omne o de muger que manda algo por su alma. Esto es por fuero: que sy omne o muger muere e manda algo por su alma, aquello que puede mandar por fuero, o sy conosle deuda alguna que deue a otro, e fisiere mansesores e los apoderare en mueble o en hereditat que cumplan el alimosna o la deuda, et vernan aquellos deudores aquien mando aquella alimosna demandar a aquellos limosneros, et diran los fijos del muerto que non son aquellos mansesores o limosneros, deuen prouar aquellos que disen que son mansesores con dos vesinnos derechos que el muerto los fiso mansesores. Et sy es mueble el apoderamiento, deuen primero entergar a los deudores e despues pagar el alimosna. Et sy el apoderamiento es de hereditat, deuen venir ante el alcalde et ante omnes buennos los mansesores e vender e non dar fiador de sanamiento; et deue valer aquella venta a aquel quelo compro, e deue entergar la deuda luego e despues el alimosna. Et los mansesores non deuen ellos comprar la hereditat de que son mansesores>>.

⁶²CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 254).

objetivos (limosnas o deudas). Es sumamente curioso que se les encomiende el pago de deudas, es decir, un pago que trae su causa en una relación anterior al testamento, un pago cuyo título no surge del testamento como ocurre con las limosnas. Esta función de cumplir las deudas del difunto, que será la típica de un heredero puro que sucede al causante y se subroga en sus obligaciones y derechos, avala la tesis de su similitud con un heredero fiduciario. El inciso final prohíbe a los mansesores comprar el inmueble de cuya transmisión ellos son intermediarios y del que pueden disponer para liquidar la sucesión del causante, pero no apropiárselo, pues no son los verdaderos beneficiarios, sino puros titulares fiduciarios, ante los que, por cierto, pueden reclamar los deudores como responsables de las deudas, para culminar el paralelismo señalado. En definitiva, el testador apodera a los mansesores en una cosa mueble para que la entreguen a los deudores y paguen las limosnas después, o incluso respecto de una heredad (inmueble) para que la vendan y paguen igualmente las deudas y las limosnas.

Para CAMARA LAPUENTE⁶³, la naturaleza y funciones de los mansesores, en este texto, es claramente de ejecutores testamentarios y no hay indicios en la literalidad del texto de que cumplieran una función testifical. Sin embargo, no se asimilan plenamente a lo que entendemos por albaceas, puesto que éstos son públicamente reconocidos como tales y, sin embargo, en este número 124 su condición de mansesores debe ser probada *a posteriori*, cuando los hijos del difunto nieguen tal consideración; y esa prueba se efectúa con dos vecinos ("*vesinnos derechos*") que, es de suponer, estuvieron presentes en el otorgamiento de la manda recibida por los mansesores. Esto indica que el testador los nombró en privado ante su muerte y que no poseen una carta credencial del apoderamiento, pues, de lo contrario, no necesitarían la prueba mediante testigos (una forma de fiducia sucesoria probablemente secreta).

8.1.3.- Fuero Viejo de Castilla (s. XIII). Lo recogen en su estudio ASSO Y DEL RIO y MANUEL Y RODRIGUEZ⁶⁴. En este Fuero territorial de Castilla, tan solo existe una referencia aislada y apenas incidental sobre los cabezaleros como ejecutores testamentarios, que puede recordar a los albaceas en su función más sencilla, si bien con el desarrollo en el tiempo, podrían referirse también a formas de fiducia

⁶³CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Nota anterior). (Pág. 252-253).

⁶⁴ASSO Y DEL RIO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ. "Fuero viejo de Castilla anotado". Madrid 1757. Reimpresión de Valladolid en 1983. (Toda la obra en general).

sucesoria⁶⁵. Dentro del libro V, el título 2, se regula especialmente la sucesión legítima y los derechos y obligaciones de los herederos, bajo una evidente influencia romanista. Son los propios herederos los que pagan las deudas y cumplen las mandas. Cfr. leyes III y IV.

8.1.4.- El Fuero Real (s. XIII)⁶⁶. Fue el primer código de afán unificador, concedido por Alfonso X a las ciudades y villas que carecían de Fuero. A pesar de ser casi coetáneo a las Partidas, tuvo una aplicación inicial e inmediata mayor que éstas, las cuales tras sus sucesivas reelaboraciones obtuvieron general aplicación y rango de obra maestra. El Fuero Real contiene múltiples leyes idénticas al Fuero de Soria, cuyas concordancias indicamos al tratar éste, y al igual que él recibe elementos del *Liber Iudiciorum* y, más acusadamente en el Fuero Real, del Derecho común, con clara influencia de la romanización de la época. Debido a la identidad, salvo depuraciones gramaticales con el Fuero de Soria, ya estudiado, nos limitaremos a consignar los textos del Fuero Real y las diferencias con aquel. El grueso de las disposiciones que se ocupan de los 'cabezales o cabezaleros' —como consta en otras copias— se encuentra en el Título V ("De las mandas") del libro III. Ese título dispone en primer lugar, en la ley 1, las cuatro formas válidas de testar, entre las que se incluye la manda oral "por buenas testimonias". A continuación, la ley 2 sienta la revocabilidad de las disposiciones testamentarias. La primera referencia implícita a los ejecutores de la manda o cabezales, que no serán parientes, la encontramos en la ley 3 de este título⁶⁷.

Otra referencia implícita a estos ejecutores aparece en otra sede, en la ley 4, tít. XII ("De las donaciones"), libro I 11. En estas leyes se presupone alguien a quien se ordena cumplir la manda. Así pues, la ley 6 admite la validez del testamento por comisario como lo conocemos en la actualidad, ley que ya analizamos al ver la correspondiente al Fuero de Soria. Como muestra de tratarse de un Fuero evolucionado y tendencialmente omnicompreensivo, la ley 7 prescribe, igual que hacía el Fuero de Soria, las personas que no pueden ser, por fuero, cabezales en manda alguna. Sí revela alguna especialidad

⁶⁵“De las herencias, e de como los erederos deben pagar las debdas, e pechar un pecho ante que ayan partido; e de las mandas, e de lo que deven facer los erederos que tiene lo que les dexa el Padre o la Madre non es tanto de que puedan pagar sus debdas”.

⁶⁶REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. Publicaciones “Fuero Real del rey don Alfonso el Sabio, copiado y cotejado”. Madrid 1836 (Pág. 75 y s.s.)

⁶⁷“Si el ome que moriere non oviere parientes ningunos, e ficiere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda segund la fizo, e si non ficiere manda ayalo todo el rey”.

el Fuero Real respecto al de Soria en la ley 8 de este título V⁶⁸.

Coinciden ambos Fueros en lo sustancial de la ley: los testigos de una manda deben ser rogados, siguiendo lo que disponía el *Liber Iudiciorum*, y el testimonio de aquel testigo que recibe una manda no puede ser desechado respecto a las cosas que no le pertenecen. Sin embargo, la diferencia está en el último inciso, pues el F. R. es más específico al prohibir que el heredero pueda ser testigo en la manda de la cual es heredero; el F. S., con lenguaje más vulgarizado, en cambio, no habla de herederos, sino de todo aquel testigo al que, en general, algo le es mandado. El pasaje del F. R. acusa ya la reaparición más explícita de la figura del heredero voluntario o testamentario que permaneció soterrada durante la época gótica y altomedieval. Al hablar de heredero el F. R. en este texto, puede referirse a dos cosas: a la condición de único beneficiario, en cuyo caso no podría ser testigo, o bien a la condición de heredero junto con otros, que igualmente lo imposibilitaría para ser testigo (CAMARA LAPUENTE⁶⁹).

La actuación de los cabezales como ejecutores materiales de la disposición de última voluntad del testador, pagando la manda y con facultades incluso de vender cosas para cumplirla —lo que les da un sesgo especial—, así como la posible impugnación de la manda y de las actividades de los cabezales por los herederos legítimos, se recogen en la ley 11, que es paralela al 307 del título XXXI del Fuero de Soria. Por eso, es de interés transcribir la ley 12, que funde las dos leyes del Fuero soriano y añade un último inciso que lo resuelve.

El cabezal, pues, puede rehusar el cargo, perdiendo los beneficios que le corresponderían por ello; pero si aceptó la cabezalería no puede después renunciar, y aparece como responsable ante los beneficiarios de la manda. Lo original del F. R.⁷⁰ es

⁶⁸ <<Cuando alguno quisier facer su manda, las testimonias que quisier que sean en ella, fagalas rogar o las ruegue, ca si non fueren rogadas o conbidadas, non deben seer pesquisas de la manda. Et maguer que en la manda alguna cosa sea mandada a alguno, non lo puedan desechar del testimonio en las otras cosas que a el non pertenescen: pero el heredero non pueda seer testimonia en la manda de que es heredero>>.

⁶⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior). (Pág. 257 y s.s.)

⁷⁰ “Si algun orne oviere parte en alguna manda e la contrallar en juicio por desfacerla o porfiar en desfacerla fasta que den el juicio, pierda quanto quel fue mandado en aquella manda, maguer sea judgado que vala la manda. Otrosi mandamos que si el cabezal en que dexar el muerto su manda non quisier seer cabezal della, que pierda lo quel mandó el muerto: et si recebier la cabezalería, despues non la poda dexar, e responda a los que ddebieren ayer alguna cosa de la manda. Otrosí si el muerto manda a alguno que sea guardador de su fijo e de sus bienes, asi como manda la ley, e él non lo quisiere seer, pierda quantol mandó el muerto en su manda”.

la constatación de la posibilidad de delegar en una misma persona funciones tutoriales de los hijos del difunto y de funciones de depositario de sus bienes. Si bien el Fuero no dice expresamente que estas cualificaciones se aúnen en un cabezalero, nada obsta según su redacción que así sea, pues la ley habla de los cabezales, y esa misión de 'guardador de los bienes' pueden tenerla también ellos. Vemos, de esta forma, brotar la tutela testamentaria de personas, como una función posible más de los ejecutores testamentarios.

La ley 13 de este título V del libro III reproduce la disposición del Fuero de Soria, sobre la que anteriormente hemos comentado. Regula la obligatoriedad de revelar la manda que el cabezal conoce y se sancionan las penas por incumplir esto. Concluye este título V del libro III F. R. con idéntica ley de cierre a la de antes, que establece la validez de las mandas de hacer algo, y la obligación de su cumplimiento.

Por último respecto al del Fuero Real, marca el punto de inflexión⁷¹ entre la forma de entender las disposiciones *mortis causa* en la Alta Edad Media y la nueva concepción que supuso asimilar las ideas romano-canónicas; se trata de la ley 7 del título XV (“De las cosas encomendadas”) del libro III que preceptúa⁷²:. La ley continúa, regulando el supuesto de la muerte de la persona que tuviese la cosa encomendada, en cuyo caso podrían demandarla sus herederos, y el Fuero prevé el caso de partición entre ellos si fueren muchos. El inciso transcrito hace pensar inevitablemente en la resurrección del fideicomiso puro romano, que también en las Partidas se regulará, y con más claridad. El F. R. equipara a los herederos a los que se les encomienda una cosa —se les da 'en depósito', según el lenguaje de la época, para que la entreguen a otro y no para ellos como herederos de la misma— con las personas que reciben *inter vivos* esa encomienda; por esto su inclusión en el título de las cosas encomendadas y no en el de los herederos. Y se señala el castigo si no la quieren entregar.

8.1.5.- En las llamadas “Leyes Nuevas”, del siglo XIII, que son disposiciones aclaratorias del Fuero Real hechas por Alfonso X ante las dudas surgidas en la aplicación del Fuero, no hay mención alguna sobre las instituciones que estudiamos. Apenas una referencia: “*De las particiones que los fijos demandan a sus antecesores*”, en el que se encomienda por los alcaldes la partición a dos hombres buenos, que son

⁷¹CAMARA LAPUENTE, S. (Nota anterior, pag. 259 y s.s.).

⁷²“*Los herederos sun tenidos de dar la cosa que tenien en comienda, asi como el que la recibió en comienda era tenuto, e qui la cosa en comienda non quisiere dar o la negare, pechela con otra tal*”.

distintos de los cabezaleros y más parecidos a los ejecutores testamentarios (GARCÍA GALLO⁷³).

8.1.6.- En las “Leyes de Estilo” (s. XIV), que eran sentencias o aclaraciones asistemáticas al Fuero Real sin valor de leyes, pero con importancia de jurisprudencia y doctrina, no hay nada que añada a las figuras que hemos tratado (GARCÍA GALLO⁷⁴).

8.1.7.- Las Partidas (s. XIII). Siguiendo a GARCÍA GALLO⁷⁵, en la obra del rey Alfonso el Sabio se manifiesta el influjo del renacimiento del Derecho romano y de la expansión del canónico en los siglos XII y XIII, a diferencia del Fuero Real de este mismo monarca, cuerpo legal que se inspira con preferencia en el antiguo Derecho castellano. La Partida sexta, "De los testamentos e de las herencias", trasluce esa recepción de la doctrina de la Glosa y de las Decretales de Gregorio IX en múltiples aspectos; se ha apreciado en tres sedes, que coinciden con el resurgir de otras tantas figuras jurídicas: en primer lugar, el fideicomiso secreto o tácito (que coincidiría con la P. 6.7.13); en segundo lugar, la sustitución fideicomisaria, que las Partidas hacen coincidir con el fideicomiso romano (P. 6.5.14); finalmente, el ejecutor testamentario asimilado a los "fideicomisarios", (P. 6.10.1' y ss.) que recibe un tratamiento legislativo completo como culminación a la atención que los Fueros locales le habían dispensado. En esas tres ubicaciones se ha cifrado por la doctrina y la jurisprudencia⁷⁶, con dispar exactitud, el reconocimiento implícito de la herencia de confianza en el Código alfonsino.

a).- Ley 13, título 7, Partida 6. Ley que lleva por título *"Por qué razón deuen perder los herederos la herencia que deuian auer"* y enumera las causas por las que debían perder los herederos los bienes que el testador les dejó⁷⁷:

⁷³GARCÍA GALLO, A. "Curso de Historia del Derecho español". "Introducción e historia de las bases de formación del Derecho, de las fuentes y del Derecho público". (Madrid 1946-1950) 2 Volúmenes. En volumen 2 de 6ª edición de 1956 (Pág. 356 y s.s.) y "Manual de Historia del Derecho español. Antología". Madrid 1959-1962. En 7ª edición de 1977 (Pág 958).

⁷⁴GARCÍA GALLO, A. "Los enigmas de las Partidas". Publicación del Instituto de España. VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio (Madrid 1963) (Pág. 27 a 37).

⁷⁵GARCÍA GALLO, A. "Estudios de Historia de Derecho Privado" (Sevilla 1982). (Todo el estudio en general).

⁷⁶CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria..." (Op cit. Pag 257).

⁷⁷"La sesta razon es, quando el testador rogasse al heredero en poridad, que diesse aquella heredad, en que le establescesse, a algun fijo espúreo o incapaz, o a otro, que lo non podia heredar, por que le era defendido por la ley. Ca si el heredero, cumpliesse tal ruego, o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia porende el derecho que auia en la heredad"... "e debela haber el Rey: e por estas mismas razones quel heredero deue perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas aquellos a quien fuessen fechas".

Esta ley, como señalaron los antiguos comentaristas castellanos, (GARCÍA GALLO⁷⁸), priva de la herencia por indigno al fiduciario en el supuesto de que el testador le encargase secretamente restituirla a un hijo espurio o a cualquier persona que no pueda heredar por ley; y aunque ese heredero de confianza no se hubiera comprometido en vida del causante a hacer la restitución, si finalmente entregase la herencia *in fraudem iuris* tras la muerte del testador, cumpliendo así su voluntad, los bienes serían secuestrados en favor del Fisco; la única excepción a este castigo sobre los mismos bienes se contiene en la ley siguiente, la 14, que premia o galardona al fideicomisario-destinatario incapaz de recibir que denuncia esa manda secreta, concediéndole la ley la mitad de los bienes.

CAMARA LAPUENTE⁷⁹ resume en la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º, que sea oculto; 2º, que el heredero se hubiera comprometido por caución secreta a restituir; 3º, que el destinatario de la restitución sea un incapaz. Y a continuación concluye en que si no se diera cualquiera de esos tres requisitos el heredero no perdería la herencia. La reflexión es de sentido común, puesto que se trata del mismo régimen que el Derecho romano clásico dispensaba a los fideicomisos tácitos o secretos. En consecuencia, es lícito deducir de esta ley las siguientes consecuencias: Primera: no es nula la institución de heredero fiduciario cuando éste no se comprometió en vida del testador a restituir los bienes a un incapaz o indigno secretamente designado por el testador, y de hecho no ha intentado restituírlas. En este caso, el encargo reservado se tendrá por no hecho y el heredero quedará como heredero puro. Segundo: Tampoco es nula la institución de fiduciario ni el encargo reservado cuando éste consintiese en transmitir los bienes a una persona concreta con capacidad legal para suceder al causante. De lo cual se saca en conclusión que la herencia de confianza y la fiducia sucesoria secreta en general sólo se encontraban prohibidas por las Partidas en esta ley cuando su contenido fuese una disposición fraudulenta, pero no en los demás supuestos. Esta opinión y conclusión de CAMARA

⁷⁸GARCIA GALLO, A. "Curso..." (Nota anterior, en pag. 357 y s.s.).

⁷⁹CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Op. en nota anterior) (Pág. 258 y s.s.) Este autor recoge estudios de Gregorio LOPEZ, glosando las palabras "cumpliesse tal ruego"; señala como requisitos para que el encargo se reputé fraudulento, siguiendo a JUAN DE IMOLA: 1º, que sea oculto; 2º, que el heredero se hubiera comprometido por caución secreta a restituir; 3º, que el destinatario de la restitución sea un incapaz. Y a continuación dictamina que si no se diera cualquiera de esos tres requisitos el heredero no perdería la herencia; y en este sentido, entiende el comentarista que tal ley de las Partidas debe ser completada según las enseñanzas del Derecho común ("*...ista lex Partitarum supplenda sit juxta leges juis communis*").

LAPUENTE⁸⁰ está contrastada y reconoce en esta ley 13, título 7, Partida 6, la admisión de la herencia de confianza en este monumento legal del Derecho castellano. No obstante, el Tribunal Supremo – en controversias de finales del siglo XIX- no se apoyó en este texto legal para reconocer tal validez, sino en la ley 14, tít. 5, Part. 6 que versa sobre las sustituciones fideicomisarias.

b).-Ley 14, título 5, Partida 6⁸¹. El contenido de la ley se refiere al fideicomiso puro romano: que a juicio de CAMARA LAPUENTE⁸² es instituir un heredero encomendando a su confianza y rogándole, que restituya la herencia a otro. En todo caso, esta ley de las Partidas identificó fideicomiso y sustitución fideicomisaria, y tal equiparación pervivió en el Derecho castellano hasta la Codificación civil, con una indudable perversión – a juicio de este autor- de los conceptos originales. Continúa este autor, que con fundamento, en la misma ley de las Partidas, el Tribunal Supremo fue desgranando toda una teoría al socaire de las prácticas testamentarias, sobre asuntos tan interesantes como la posibilidad de hallarse bienes del caudal gravado con el fideicomiso secreto en el patrimonio del heredero de confianza sin entenderse por ello automáticamente incumplido el encargo, el margen de libertad en la actuación del fiduciario y otros muchos, desde la perspectiva que la ley 13, tít. 5 de la Partida 6^a, que impone la obligación del fiduciario, de cumplir lealmente el encargo del testador.

⁸⁰CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 259 y s.s.) “Los libros de leyes del rey Alfonso X el Sabio”. Instituto de España. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. (Madrid 1984).

⁸¹Esta ley dispone: <<“Fideicommissaria substitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro; assi como si dixisse el fazedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, e que después que la de, e entregue a fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo orne a cada vno del pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes de este nuestro libro. Pero dezimos que este que es rogado, e establescido en esta manera, que deue dar, e entregar la herencia al otro, assi como el testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin, Trebellianica. E si este que assi fuesse establescido por heredero, non quisiesse rescebir la heredad, o despues que la ouiere rescebido, non la quisiere entregar al otro, puedele apremiar el Juzgador del logar, que lo falta”>>

⁸²CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 264 y s.s.) Incluso, al glosar Gregorio LOPEZ las palabras “que la tenga tanto tiempo” advierte que el testador puede disponer también que la restitución se verifique inmediatamente. Sin embargo, las Partidas, haciéndose eco de la trasposición de significantes y significados de las dos instituciones en el Derecho común expandido desde Bolonia, identifica esta forma de testar fideicomisaria con la sustitución fideicomisaria; lo cual suponía considerar que cabían sustitutos de quien hubiese llegado a ser heredero, siendo esto imposible para el Derecho romano. Lo que supone el momento de inflexión en que se separan la fiducia sucesoria ordinaria y las sustituciones fideicomisarias de la herencia de confianza y la fiducia secreta, que devienen en excepcionales y no admitidas por la legislación.

c).- Ley 1, título 10º, Partida 6⁸³. Este título 10 de esta Partida expone un cuadro completo de la figura de "los testamentarios que han de cumplir las mandas". Se trata de la regulación más acabada hasta ese momento en el Derecho español de los ejecutores testamentarios. A ello se añade la peculiaridad de estas figuras, que se regulan por la recuperación del antiguo fideicomiso romano, obteniéndose así una refundición de la figura de los fiduciarios y de los ejecutores testamentarios, como explica la primera ley. Las facultades que este texto atribuye a los testamentarios, indica que en los tiempos del Rey Sabio no existía aún plena identificación de las funciones de estos ejecutores-fideicomisarios con las que hoy atribuimos a los albaceas, sino que, se produce "engastado en la tradición de los ejecutores con encargos particulares y amplias facultades generalizados en la práctica de su tiempo y con atisbos en leyes anteriores" (GARCÍA GALLO⁸⁴). Esta figura, más se asemeja, a lo sumo (si existe secreto), a un albaceazgo que a una fiducia. Existen dispares sentencias del Tribunal Supremo, que por una parte, consideran que hay razón para fundamentar en la P. 6.10.1 la validez de la herencia de confianza (CAMARA LAPUENTE⁸⁵ así lo entiende).

8.1.8.- Ordenamiento de Alcalá (s. XIV). El texto promulgado por Alfonso XI en 1348 tenía por objeto resolver el confusionismo de la legislación, y vino a reforzar la autoridad de las Partidas (en especial garantizó la aplicación unitaria de la obra), estableciendo una prelación de fuentes que básicamente se mantendrá hasta el siglo XIX (CAMARA LAPUENTE⁸⁶). Sólo la ley única del título XIX del Ordenamiento, trata de

⁸³"Cabezaleros, e Testamentarios, e Mansessores, como quier que han nomes departidos, el oficio dellos vno es; e en latín llamanlos Fideicommissarios, porque en la fe, e en la verdad destos ornes tales, dexan, e encomiendan los fazedores de los testamentos el fecho de sus animas. E tienen grand pro estos atoles, guando fazen su oficio lealmente, ea se cumplen, mas ayna por acucia dellos, las mandas que son puestas en los testamentos. E puedenlos establecer para esto, estando ellos presentes ante los fazedores de los testamentos, e aunque lo non sean".

⁸⁴GARCÍA GALLO, A. (Nota anterior) (Pág. 9 a 18). "El documento en Castilla en la época de Alfonso X el Sabio" (Pág. 7 a 26). Sin embargo, la sentencia de 14 mayo 1866 (Valladolid) relaciona la obligación de cumplir el encargo que establece la P. 6.5.14 y la que establece la P. 6.10.1, señalando "que la obligación del heredero fiduciario es con arreglo a la ley 14, título 5º, Partida 6ª, cumplir exactamente la voluntad del testador" y que el mismo deber impone a los testamentarios la ley 3ª, tít. 10, Part. 6.

⁸⁵CAMARA LAPUENTE, S. "la fiducia..." (Nota anterior, pag. 266 y s.s.). Dice este autor que esta ley "autoriza el nombramiento de testamentarios fideicomisarios que cumplan las instrucciones reservadas del testador, confiándolo todo á su conciencia y sin obligación de dar cuentas" (STS 16 junio 1866 (Valladolid). Pero hay jurisprudencia que relaciona la obligación de cumplir el encargo con la del imperio de la voluntad del testador. Esta última ley citada lleva por encabezamiento que los testamentarios deben cumplir la voluntad del finado, y no según su albedrío, y junto con la ley 1 que comentamos, ha sido citada en más sentencias del Supremo sobre supuestos de herederos o testamentarios, como por ejemplo, en la de 30 abril 1897 (Granada). Con lo que está claro que las herencias de confianza, desde entonces, por repetición de la Jurisprudencia, no tienen lugar en las Partidas.

⁸⁶CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (en nota anterior). (Pág. 267).

los testamentos⁸⁷. Se trata de una ley de suma importancia para la materia sucesoria pues reforma el Derecho romano y el de las Partidas así como el foral al introducir nuevas formas de testar y sobre todo porque proclama el principio de que no es precisa la institución de heredero para la validez de otras mandas, pero cabe la designación a través de ejecutor testamentario.

Esta norma de la ley, formará parte de la ley 1, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, lo que dice mucho respecto de su influencia en las codificaciones posteriores. En su dicción se aprecia el tratamiento indistinto y ambiguo de la figura del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, que trae su causa en las Partidas; confiere eficacia directa y autonomía propia al llamamiento del fideicomisario, haciendo innecesario apremiar judicialmente al heredero instituido para que aceptara la herencia, como era preceptivo según el Derecho romano y las Partidas (6.5.14). Así pues, se erradicó el reconocimiento de la herencia de confianza en esta ley de Partidas –pese a que CAMARA LAPUENTE⁸⁸ entiende que precisamente ocurrió lo contrario–, y el Ordenamiento de Alcalá modificó un aspecto de la misma. La pretensión del beneficiario o fideicomisario, que antes recibía protección indirecta a través de la actuación del juez que, ante la negativa del fiduciario a aceptar o a restituir la heredad, se ha convertido en un derecho reconocido, por lo que el fideicomisario mismo podrá ocupar los bienes destinados a él (GARCIA GALLO⁸⁹).

8.1.9.- Ordenanzas reales de Castilla (Ordenamiento de Montalvo) (s. XV). La recopilación de leyes castellanas, obra de Alonso DIAZ DE MONTALVO, redactada en 1484 y que no recibió sanción real definitiva, aun cuando gozó de gran autoridad; en ella se recoge con ligeras variantes la ley del Ordenamiento de Alcalá que acabamos de comentar⁹⁰. En definitiva, la disposición es la misma, pero la nueva redacción recalca el carácter de sustitución fideicomisaria de la institución que trata, por demás lógico al ir afianzándose la idea de la sustitución fideicomisaria con el tiempo en perjuicio del

⁸⁷"el testamento sea valedero en las demandas é en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno... et si ficiere heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredad, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en él se contienen">>. Pero en lo que a la institución estudio interesa, dice esta ley a continuación: <<"et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad hereditat, ó manda, ó mandare que la den, ó que la haya otro, e aquel primer á quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ó otros que la pueden tomar, é ayer".

⁸⁸CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 268).

⁸⁹GARCÍA GALLO, A. "El documento..." (En nota anterior) (Pág. 9 a 18).

⁹⁰Dice la ley 1, título II (*De los testamentos y demandas*), libro V: <<"y si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, le legare, ó mandare alguna cosa para que la den á otro alguno á quien sustituye en la herencia, ó manda: si el tal heredero, ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó legado: el sustituto ó sustitutos lo puedan ayer todo">>.

fideicomiso puro romano (GARCIA GALLO⁹¹).

8.1.10.- Leyes de Toro (s. XVI). Fueron promulgadas en 1505 y tenían por finalidad resolver dudas sobre los textos legales vigentes y, sobre todo, suplir las lagunas o vacíos de regulación existentes hasta ese momento. Siguiendo a CELAYA IBARRA⁹², que recoge que se regulan por primera vez los mayorazgos (ley 40 y ss.), que habían alcanzado gran predicamento; asimismo recibe un tratamiento jurídico favorable y completo la institución del testamento por comisario, a pesar de sus inconvenientes; esta figura se admitió primero por el Fuero Real y el Fuero de Soria (NUÑEZ IGLESIAS⁹³), desatendiendo las interdicciones del Derecho común respecto a las defectuosamente llamadas disposiciones captatorias; las Partidas las había limitado contundentemente en la P. 6.3.11. Con las leyes de Toro, en las leyes 31 a 39 se admitieron estas formas de testar basadas en el poder general o especial para realizar al propio arbitrio (más o menos limitado) el testamento en lugar del *de cuius*.

Se admitió el testamento por comisario, principalmente en las leyes de Toro, para aplicar por analogía su régimen en cuanto a facultades, plazos, etc.; a finales del siglo XIX se enarboló algún intento de recurso ante el Alto Tribunal, para obtener el resultado de una herencia de confianza –que como hemos visto estaba decaída-; la sentencia del Supremo de 10 marzo 1875 (Barcelona), en que se alegaba analogía entre el comisario y el heredero de confianza para poder aplicar al segundo la ley 33 de Toro, recogida también en la ley 3 tít. 19, libro 10 de la Novísima Recopilación, -ley que versa sobre el plazo de cuatro meses en que obligatoriamente el comisario debe hacer testamento y declarar el destino de los bienes-; el Tribunal Supremo rechazó el recurso, y no consideró que hubiese analogía, por lo que separó definitivamente las figuras de la fiducia ordinaria de la secreta o herencia de confianza, entendiéndose desde entonces, que la última pertenecía exclusivamente al ámbito de las legislaciones forales donde aún se mantuviese vigente: *<<entre el comisario, al que se le da poder para testar por el que no quiere o rotundamente tal analogía y, por ende, semejante alegación de las leyes de Toro por impertinentes: no puede hacerlo, para que lo haga por él con las limitaciones de facultades y de tiempo*

⁹¹GARCÍA GALLO, A. “El documento en Castilla en la época de Alfonso X el Sabio” (Op.cit. nota anterior) (Pág. 7 a 26).

⁹²CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario”. (Pág. 740 y s.s.).

⁹³NUÑEZ IGLESIAS, A. “El testamento por comisario”. (Op. en nota anterior) (Pág.209).

preestablecidas por las leyes, y el heredero de confianza nombrados con amplias facultades por el que hizo testamento para que le cumpla, no media analogía, ni aun la que se supone en el cuarto motivo, respecto del plazo en que deban haber cumplido sus respectivos cargos, tan diferentes bajo este punto de vista; y además la ley que en este lugar se cita, la 3, tít. 19, libro 10 de la Novísima recopilación, no trata de los herederos de confianza ni para nada se refiere a ellos, por lo que ninguna aplicación tiene al caso, ni por lo tanto pudo ser quebrantada>>.

CAMARA LAPUENTE⁹⁴ entiende que la explicación está en que en el testamento por comisario, se deja a la voluntad de un tercero la sucesión del causante, o algunos aspectos, mientras que en la herencia de confianza el fiduciario declara y ejecuta la voluntad perfecta pero hasta entonces reservada del testador. Tampoco incurrieron en confusión alguna de ambas figuras los comentaristas de las leyes de Toro (ALVAREZ POSADILLA⁹⁵), ni los subsiguientes juristas españoles, ni tampoco la mayoría de los autores contemporáneos, ni antes ni después de las Compilaciones forales. Por todo lo cual debe entenderse inaplicable a la herencia de confianza cualquier disposición histórica referida a los comisarios para testar, incluidas, por supuesto, las leyes de Toro.

8.1.11.-La Nueva Recopilación de las leyes de Castilla (s. XVI). Recopilación promulgada en 1567 que consiguió reducir a un solo texto todo el Derecho castellano, respetando la prelación de fuentes que proviene del Ordenamiento de Alcalá y quedando, en consecuencia las Partidas (con las leyes apuntadas referentes implícitamente a la herencia de confianza) como supletorias. Al acervo de la Nueva Recopilación se incorporaron íntegras las leyes de Alcalá y Toro sobre testamentos, ejecutores y comisarios para testar. Estas leyes se encuentran en el Título 4º ("*De los testamentos, i comissarios para los poder facer, i de los executores testamentarios*") del libro V, a lo largo de 16 leyes (CAMARA LAPUENTE⁹⁶). Estas normas, vigentes durante dos siglos y medio pasaron a la Novísima Recopilación. Es el gran antecedente

⁹⁴CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Op. en nota anterior). Recoge este autor el catálogo de sentencias del Alto Tribunal, en los términos siguientes: "Idéntica jurisprudencia se consagra sin variación en las S. T. S. de 26 junio 1862, 10 marzo 1875, 30 septiembre 1879, 13 marzo 1884, 8 julio 1896, 14 julio 1899, 8 noviembre 1901, 21 Febrero 1907 y 30 octubre 1944, en las que nunca se admiten como precedente de la herencia de confianza ni las leyes de Toro ni las leyes de la Novísima Recopilación que las reproducen". (Pág. 271 y s.s.)

⁹⁵ALVAREZ POSADILLA, J. "Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España, en el que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en su día rigen". 4ª Impresión. Madrid 1833. (Pág. 191 y s.s.).

⁹⁶CAMARA LAPUENTE, S.(Op. Cit., pag 274).

de la futura codificación de Derecho civil común, ya que sobre ella se redactó la Novísima Recopilación.

8.1.12.-La Novísima Recopilación (s. XIX). En las leyes 1 a 8 del título 19, libro 10 y la ley 13, tít. 20 del mismo libro de la N. R. se transcriben completamente las leyes 31 a 39 de Toro sobre los testamentos por comisario. También se recoge en esta recopilación el precepto que obliga al que tuviere el testamento a manifestarlo ante la justicia dentro de un mes, que supuso en su origen una plasmación del cabezalero de sesgo especial, ya en el Fuero Real y en las Ordenanzas reales, aunque, sin embargo, su subsistencia en la ley 5, tít. 18, libro 10 de la N. R. poco tiene que ver ya con la fiducia testamentaria, sumamente evolucionada e independizada para esa fecha de 1805 (CAMARA LAPUENTE⁹⁷).

8.2 DERECHO NAVARRO

8.2.1.- Fuero General de Navarra y Amejoramientos (s. XIII y ss.). Los capítulos 2 al 9 del título XX del libro III del Fuero General regulan la actuación de los cabezaleros. Pero ocurre que, como en todos los textos de Derecho Foral navarro, el legislador se aparta de la tendencia castellana y en definitiva de Derecho civil común, para referir la fiducia al ámbito de la herencia de confianza, que en adelante, aglutina las directrices de los fueros locales y se refiere solo a esta avanzada figura de encargo de designación de heredero. Precisamente, en uno de sus capítulos (3, 20, 9), posteriormente se cita por la Recopilación Privada del Derecho privado foral de Navarra, como precedente de la institución de la fiducia secreta, que va mucho más allá de la que nos ocupa. Por esto nos vamos a referir someramente a lo que sea la fiducia sucesoria pura, y nos detendremos más en la regulación del Fuero General sobre los cabezaleros.

Recoge GARCÍA-GRANERO FERNANDEZ⁹⁸ que las Notas a la Recopilación Privada —sobre la que fue redactado el Fuero Nuevo— indican: nota a la ley 151: “Esta ley formula en términos generales las distintas modalidades de la fiducia sucesoria vigentes en Navarra, con algún antecedente en *F. G. 3.20.9* y desarrolladas por la costumbre”. Esa ley 151 ha conservado idéntico numeral y contenido en la Compilación o Fuero Nuevo que dispone: “El causante puede delegar en fiduciarios-

⁹⁷CAMARA LAPUENTE, S. (Nota anterior, en pag. 273 y siguientes)

⁹⁸GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. “Comentarios a la ley 1 Fuero Nuevo”. EDERSA-1994-XXXIV-1º (Pág. 195 a 218).

comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas, de acuerdo con lo establecido en los Títulos XI y XII de este Libro”. Con lo que está clara la vocación de los textos navarros de contemplar la fiducia como herencia de confianza.

En cuanto a lo que a nosotros concierne, el texto del Fuero General dispone que los cabezaleros oigan la voluntad del testador, sean nombrados por éste y acepten ese nombramiento, tanto con carta escrita de testamento como sin él. Su testimonio sobre el contenido del mismo —aunque no exista carta— será válido, bastando una fórmula paralela al juramento (“en Dios y en *lures* almas”) (ALONSO⁹⁹). Queda aquí patente la función testifical y probatoria del testamento que tienen encomendada los cabezaleros, dando publicidad a las disposiciones del difunto. Esta función se recoge con claridad también en los anteriores capítulos de este título, y si bien se determina su testimonio como suficiente para probar el testamento, en el Fuero (3, 20, 2) y en el Amejoramiento (cap. 2) se habla además de testigos como sujetos diferentes de aquéllos, testigos que además han de jurar formalmente, a diferencia de los cabezaleros. Sus misiones, pues, tienen un ámbito común pero estos últimos, y además, tienen otros cometidos. Otra diferencia entre ambos se encuentra en la responsabilidad de los cabezaleros por los daños que ocasionare su falta de personamiento siempre que fuesen requeridos para probar el testamento, pues contrajeron esa obligación por el ruego y el asentimiento (F. G. 3, 20, 2), obligación y responsabilidad que no se prescriben para los simples testigos. La primera de las disparidades apuntadas entre cabezaleros y testigos —necesidad de juramento sacramental de estos últimos— mueve a ALONSO¹⁰⁰ a afirmar que se prueba la diferencia entre ambas figuras, en cualquier caso, para garantizar el testimonio de los cabezaleros cuando el testamento se otorgó en peligro de muerte, en yermo, etc. Sin embargo, las singulares características de los cabezaleros en este texto normativo, como reveladores de la voluntad del que dispone, mueven a pensar en una figura distinta ya que, como dice con acierto SALINAS QUIJADA¹⁰¹ comentando el capítulo 9, tít. 20, libro III que estudiamos: “puede observarse cómo esta figura es

⁹⁹ALONSO, J. “Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra que han quedado vigentes por la ley paccionada de 16 de Agosto de 1841”. Reedición de la original de 1848. Biblioteca de Derecho foral. Pamplona 1964. Vol. 1º (Pág. 292-293). En palabras de este autor, que afirma que “esto prueba la diferencia que había y hay entre los unos y los otros, siendo los cabezaleros propiamente los albaceas o ejecutores testamentarios; cuya existencia no impedía la de testigos”,

¹⁰⁰ALONSO, J. “Recopilación...” (Nota anterior, en pag. 293 y s.s.).

¹⁰¹SALINAS QUIJADA, F. “Derecho civil de Navarra” Tomo VI. Volumen 2. Editorial Gómez. Pamplona 1977(Pág. 323).

mucho más que un albacea, pareciéndose mucho más a la de herederos de confianza que obran por instrucciones verbales del causante, valiendo su propio testimonio del que a nadie deben dar cuenta”.

Los cabezaleros no pueden rehusar la manifestación del testamento pero si ésta les es demandada pueden exigir fiador de cumplir la voluntad del testador y de que se les exonere de los perjuicios "que les ocasione la cabezalería". Si los que tienen derecho a la herencia no están delante o no dan fiador, el Fuero dispensa a los cabezaleros de “rendir el destino”. Una vez revelada la voluntad del testador, los cabezaleros, en su faceta de ejecutores, cumplirán “lo que les han mandado” si los otros no quieren cumplir, liberados de responsabilidad respecto de los demás interesados en la herencia, y si todos no estuvieran presentes. Tras la revelación o entrega no tendrán el testamento encomendado por más tiempo, a no ser que se lo vuelvan a dar en depósito los beneficiados, relevándoles de toda responsabilidad por pérdida o cremación del documento (tanto del escrito como del oral posteriormente redactado).

El inciso relativo a la “comanda” o depósito, es interpretado por SALINAS QUIJADA¹⁰² en el sentido de que “si no se les entregare deberá depositarse para siempre en un monasterio”. En primer lugar, según el Fuero de Tudela pueden conservar el testamento por siempre los cabezaleros si así se dispuso en carta escrita; de lo que se infiere que en el F. G. la expresión “como en casa de órdenes” podría ser una comparación de la forma de custodia por los cabezaleros, como se hacía en los monasterios. En segundo lugar, sorprende que se haya suprimido la interdicción de heredar los cabezaleros lo dejado a otros, a no ser que se entienda tal prohibición, o bien porque se pretenda corregir un inciso que pudiera dar lugar a malentendidos. Finalmente, el cap. 9, tít. 20, libro III del Fuero General recoge el supuesto de alguien que muriera en otra ciudad e hiciera allí testamento y las funciones probatorias de los cabezaleros de aquel lugar. El capítulo 9 no fue modificado por el Amejoramiento de Felipe III de Evreux de 1330; tampoco el Amejoramiento de 1418 por Carlos III el Noble introdujo alteraciones, salvo respecto al último inciso al que acabamos de referirnos, pues declaró válido el testamento donde quiera que fuese hecho y cualesquiera que fuesen los cabezaleros y testigos. Para CAMARA LAPUENTE¹⁰³, el

¹⁰²SALINAS QUIJADA, F. “Derecho civil de Navarra” Tomo VI. Volumen 2. (Op. Cit. Pág. 323y 324).

¹⁰³CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior). (Pág. 278-279). Este autor detalla su regulación: << dice que los cabezaleros serán dos o más según la voluntad del que dispone. A continuación, el F. G. dispone que si los cabezaleros mueren sin revelar el destino y sin hacer carta se

capítulo 9, tít. 20, libro III F. G., en el precedente legislativo de la herencia de confianza, y además no es algo incidental en la normativa foral, pues de una parte la idea se encontraba presente en algunos fueros locales y siglos después, el Fuero Reducido, al seleccionar lo más genuino de la legislación foral recogió este capítulo en el noveno del título 7, libro III F. R.

Respecto a los cabezaleros, en primer lugar, el capítulo 2, título 20, libro III F. G. regula el nombramiento de los mismos, que deben aceptar tal cargo a ruego del testador; de manera que "aunque muchos hombres aptos para tal encargo, se hallasen presente, viendo al testador y oyendo su última disposición, ninguno de estos, y solo los expresamente rogados y otorgados podrían ser tenidos por legítimos cabezaleros. Además regula la responsabilidad de éstos por su incumplimiento del encargo de probar el testamento. El capítulo 3 de la misma sede habla de la prueba del testimonio de los cabezaleros en el testamento oral y la forma de testimoniar de los mismos, con la consiguiente reducción del testamento oral a escritura; este acto de redacción deberá ser hecho ante testigos. Este texto acusa claramente su origen en los capítulos 55 y siguientes del Fuero de Jaca, que ya vimos. El capítulo 4 de la repetida sede dispone la forma de probar los cabezaleros el testamento escrito, caso de ser impugnado. Del análisis de ambos capítulos se infiere que los testamentos escritos no tenían más autorización que los orales y que ambos se probaban a través de los cabezaleros de similar manera. Merece también reseñarse que en el cap. 4 se consagra la firmeza del testimonio de los cabezaleros, sin más solemnidades. Explica CAMARA LAPUENTE¹⁰⁴, que la diferente calidad del juramento de los cabezaleros (fórmula ritual, laxa, juramento impropio) del de los testigos (juramento propio, sacramental), así como los rasgos diferenciales entre testigos y cabezaleros son manifiesto claros y se percibe ese distinto trato claramente en el cap. 5º, el cual concede la posibilidad de que los cabezaleros enfermos declaren estando en su lecho, con lo que no incurrir en responsabilidad por la incomparecencia. En definitiva, se trata de unos testigos especialmente cualificados que conocen la voluntad del testador y que deberán

perderá el destinamiento, es decir, el causante morirá intestado. Esta regla lógica, pues se desconoce su auténtica voluntad postrimera, es original del F. G. y colma la laguna que, respecto a este supuesto, dejaba el Fuero de Tudela, fuente de este capítulo. Acto seguido, el F. G., al igual que hacía aquél, dice que si uno de los cabezaleros vive hará la declaración por sí y por el muerto, haya o no carta. Y si todos mueren, caso de existir carta, valdrá esta si es presentada por su poseedor bajo juramento solemne sobre la Cruz y el Libro ante el alcalde, sin posible apelación>>.

¹⁰⁴CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 280 y s.s.).

revelarla si son requeridos a ello o bien simplemente cumplirla, y también tienen el cometido de probar y defender el contenido del testamento. Su testimonio es firme e inapelable sin posible prueba en contrario y están encargados de ejecutar la voluntad del disponente bien si éste se lo ordenó, bien si los que deberían hacerlo (beneficiarios según la voluntad publicada) no lo hacen. Además de custodios de la voluntad (oral o escrita) del testador, pueden ser depositarios del testamento después de su revelación. Esta figura es parecida a los herederos de confianza, si bien, a juicio de CAMARA LAPUENTE¹⁰⁵, que se dedica especialmente en su estudio a esta figura, “aún no se ha completado su fisonomía; la forma definitiva, apareciendo como herederos, acentuándose la nota del secreto, etcétera, la moldeará artesanalmente la costumbre en la forja de los siglos”. Pero en cualquier caso, nos sirve nosotros como antecedente de la fiducia sucesoria ordinaria que es objeto de nuestro estudio.

8.2.2. El Fuero Reducido (s. XVI). Supone una versión modernizada del Fuero General de Navarra y su espíritu se decanta ya en el prólogo: pretendía poner orden, clarificar, suprimir lo derogado y actualizar el lenguaje, para facilitar la comprensión del texto foral. Recoge el F. G. 3, 20, 9, a juicio de CAMARA LAPUENTE¹⁰⁶, muy próximo a la herencia de confianza, de forma que “consigue su propósito simplificador sin introducir novedades y procura una lectura mucho más clara. La redacción ha sido palmariamente simplificada en el Fuero Reducido respecto al Fuero General por eliminación de cuestiones superfluas y de frases en exceso detallistas, sin producirse grandes alteraciones en el contenido, salvo, quizás, dos mudanzas notorias”. 1º) En contraposición a las palabras ambiguas del F. G. este capítulo del Fuero Reducido establece la validez de la declaración de los cabezaleros hecha “mediante *juramento hecho en forma de derecho* en la puerta de la iglesia”. 2º) El Fuero Reducido omite las engorrosas y confusas prescripciones del Fuero General en punto a la custodia del testamento por los cabezaleros una vez que han expresado públicamente su contenido y haber cumplido su cometido (OSTOLAZA ELIZONDO¹⁰⁷).

8.2.3. Los Fueros y las costumbres de la Baja Navarra (s. XVII). Con la separación de la zona franco-navarra -llamada la Navarra de Ultrapuertos- del resto de Navarra, se redactaron proyectos de recopilación de los usos y costumbres de

¹⁰⁵CAMARA LAPUENTE, S. (Nota anterior, en pag. 281 y s.s.).

¹⁰⁶CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 283 y s.s.).

¹⁰⁷OSTOLAZA ELIZONDO, I. “El Fuero Reducido de Navarra”. V.V. Pamplona 1989. Tomo II (Pág. 309-310).

aquella, sobre la base de los proyectos de Fuero Reducido. Por su parte, tras la incorporación a la corona francesa de aquellos territorios, los bajo-navarros redactaron su propio texto. Enrique IV se negó a ratificarlo y aprovechó la ocasión para extender a la Navarra franca, la legislación común vigente en Francia, mediante la redacción por escrito de las costumbres¹⁰⁸. La parte XXVII (designada como rúbrica) desarrolla el régimen de los testamentos y las sucesiones en 37 artículos. Se recogen las funciones propias de los testigos de los testamentos y las de los ejecutores testamentarios. En el articulado no se mezclan ambas funciones en las mismas personas. La función testifical se incardina sin ambigüedades en la materia de las formas testamentarias. También se detallan las obligaciones que pesan sobre el custodio del testamento “retentó”. Por otra parte, el Fuero consagra un artículo independiente a los ejecutores testamentarios, para fijar el plazo de año y día desde la muerte del testador, en orden a cumplir los deberes del cargo aceptado; así dispone el art. 33. Así pues, del texto y el contexto del Fuero no es posible inferir la existencia de unos cabezaleros con misiones tanto de testigos, como ejecutivas, ni la práctica de los encargos secretos encomendados a los ejecutores¹⁰⁹.

8.2.4.- Recopilación de Chavier (s. X). Es una adenda al Fuero Reducido, pero no regula nada sobre cabezaleros. Dentro del libro III encontramos el título 8 que versa sobre los testamentos y sucesiones, cuyas leyes dedican especial atención a la sustitución *si sine liberis decesserit* y a la vulgar así como a supuestos del abintestato. La ley 3 revisa el tema del testamento ante sacerdote o ante testigos que se encontraba en el Fuero General.

8.2.5.- La Novísima Recopilación (s. XVIII). Es la recopilación oficial de leyes de Cortes en Navarra desde 1512 a 1716 elaborada por ELIZONDO¹¹⁰. Resalta en nuestro estudio la ley 12 del tít. XIII (“De testamentos, y sucesiones”) del tercer libro, que fue promulgada en Pamplona en 1586; versa sobre el peculiar *ius spoli* de los curas de almas sobre los bienes del lego que muere abintestato y, en vista de los

¹⁰⁸Dos comisarios se encargaron de redactar la costumbre, entre 1530 y 1620, cuyo texto definitivo se tituló *Fors et costumes deu Royaume de Navarre Decaports*, homologado por la Cancillería de Navarra en 1622 e impreso por primera vez en 1644. Estos fueros están escritos en bearnés y constan de 450 artículos, repartidos en 35 rúbricas. No es, por tanto, propiamente Derecho navarro sino Derecho francés de una comarca que fue Navarra.

¹⁰⁹Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1968. Recoge una edición facsímil de Pan 1861. “Los fors et Costumas den Royaume de Navarre Deca-Ports”. (pág. 89 y s.s.).

¹¹⁰Biblioteca de Derecho foral. ELIZONDO, Joaquín de. “Novísima recopilación de las leyes del reino de Navarra”. Compilación hecha en 1725. Edición de la Biblioteca de Derecho foral. Pamplona 1964. (Vol.3).

abusos producidos por ello, so pretexto de la realización de obras pías, se prohíbe a los sacerdotes apoderarse de esas herencias. Es el mismo supuesto que suscitó la controversia resuelta con la famosa Decretal de Inocencio III *cum tibi*. Con esta redacción de la ley navarra, quedan impedidas las fiducias *abintestato* confiadas en exclusiva al sacerdote, siempre que no fuera voluntad del moribundo encomendarle su testamento y muriese abintestato.

8.2.6.- Cuadernos de Cortes¹¹¹, (s. XVIII-XIX). No hay ninguna ley dada en las Cortes de Navarra entre 1724 y 1829 que aborde en manera alguna la institución de la herencia de confianza. Sí se ocupan, en cambio, de otras como los mayorazgos o el testamento de hermandad, tan enraizado en Navarra (Cfr. ley XLI, de 4 febrero 1766).

8.3 EL DERECHO CATALÁN (SIGLOS XIII-XIX)

Los antecedentes de la fiducia sucesoria en el Derecho catalán de la época están la institución de los cabezaleros; en Cataluña son llamados “*marmesores*”, con los caracteres específicos que tenían en esa región foral en la época que nos ocupa.

8.3.1. “Los Usatges” de Barcelona (s. XIII). Tras una revisión de estos usos o prácticas judiciales que inicialmente se aplicaron a territorios sometidos a la soberanía de los Condes de Barcelona y finalmente extendieron su vigencia a toda Cataluña, completadas con leyes reales y preceptos procedentes de otras diversas obras; en ellas solo hay referencias a la fiducia romana¹¹².

8.3.2. “Recognoverunt procures” (s. XIII). Tiene una disposición que menciona los *marmesores*, consistente en un privilegio concedido a los barceloneses por Pedro III en 1283, contenida en el capítulo 116. No se aclara la naturaleza o funciones de los *marmesores*, lo que indica la honda raigambre de este instituto allí, que no necesitaba ser definido (para CAMARA LAPUENTE¹¹³, no era propio de esos textos definir, sino resolver casos concretos); tan sólo regula un supuesto concreto de actuación en que podían verse envueltos los *marmesores*. El dato es muy pobre por si corta extensión.

8.3.3. “Consuetudines ilerdenses” (s. XIII). Es el Derecho consuetudinario de

¹¹¹Biblioteca de Derecho foral. “Cuadernos de Cortes de las leyes y agravios reparados por los tres Estados del reino de Navarra” (de 1896). Reedición en Biblioteca de Derecho foral, Pamplona 1964.

¹¹²VALLS TABERNER Y D’ABADAL I DE VINYALS. “Los Usatges de Barcelona”. Reedición de la obra clásica hecha por el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga Barcelona.1984.

¹¹³CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 289).

Lérida compilado hacia 1228 por Guillem BOTET y se refleja principalmente en el Tercer libro, obra original de este jurista que consistió en la redacción sistemática de las *mores* no escritas. Es en el libro Tercero del texto, donde se ubican tres capítulos importantes que delimitan la figura de los *marmesores*. (CAMARA LAPUENTE¹¹⁴). Se declara la suficiencia de dos testigos para cumplir las solemnidades del testamento, eficaz aunque no se publique, y válido haya o no *marmesores* o cabezaleros. Este autor extrae dos consecuencias de esto: la primera es que la función testifical aparece separada de la de los *marmesores*; y la segunda es que tan extendido se hallaba el uso de estos personajes en todas las herencias testamentarias, que las *Consuetudines* se ven obligadas a declarar válidos los testamentos aunque no exista designación de tales *manumissores*. Así pues, cabe que los herederos no sean instituidos nominalmente según la costumbre, sino que se elijan los *marmesores* en el testamento, rogándoles el testador que dividan sus bienes de la forma que les indica, quedando siempre a salvo la legítima según las leyes romanas. Tenemos aquí algo aproximado a los herederos de confianza. El siguiente capítulo hace referencia a las instrucciones para la distribución de los bienes a los herederos no designados públicamente que se contienen en el testamento. La posición de los *marmesores* es equiparada a la de los herederos (fiduciarios), lo que podía hacer dudar sobre los beneficios que podrían obtener de la herencia, en concreto, sobre la posibilidad de detracción de la cuarta falcidia o la trebeliánica. En consecuencia, ni deduce la cuarta falcidia ni puede lucrarse de los bienes del difunto salvo en lo que éste le legó expresamente para sí, con lo cual se confirma su posición de mero transmisor de la propiedad, como ha sostenido LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO¹¹⁵.

8.3.4. “Costums de Tortosa” (s. XIII). Es el antecedente del derecho consuetudinario de la Carta puebla de Tortosa, que data de 1149, concedida el 30 de noviembre por Ramón Berenguer IV a los nuevos habitantes de la ciudad reconquistada; su posible desarrollo se produce en la primera mitad del siglo XIII. Este cuerpo de costumbres crea un régimen muy flexible en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, que, a través del tratamiento de las instituciones vigentes en la época, permite

¹¹⁴CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 289 y siguientes). Las *Consuetudines* despejan esa duda con claridad en el cap. 146 (“De manumissoribus”): recoge este autor “*Manumissor non deducit falcidiam, nec lucratur quid ex bonis defuncti, nisi defunctus reliquerit*”.

¹¹⁵ LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, P. “Costumbres de Lérida”. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. Barcelona 1946 (Pág. 65 y s.s.).

sostener su validez, pese a la atipicidad. En la rúbrica 4ª (“*De la ordinacio de testaments*”) del libro sexto se encuentran las disposiciones más interesantes para nuestro estudio¹¹⁶. Se aprecia la posibilidad de compendiar en una sola persona de confianza las funciones testificales y ejecutivas respecto a la voluntad del testador.

Entre las costumbres de Tortosa, destaca la recuperación de la institución del fideicomiso, por clara influencia de la recepción del Derecho común. Pese a la obviedad de su contenido, tal es la trascendencia que posee la costumbre segunda de la rúbrica 9ª del libro 6º, que especifica: “claro y cierto es que en los *fideicomisos* más firmes son las últimas voluntades que las primeras” (FONT RIUS¹¹⁷).

8.3.5.-“Consuetudines diocesis gerundensis” (s. XV). Es una colección legislativa redactada entre 1430 y 1439 por Tomás de MIERES, sobre un núcleo de capítulos procedentes de la prestigiosa curia de Gerona, que como sostiene GIBERT¹¹⁸, posteriormente sobrepasa el ámbito local y se convierte en un libro de derecho territorial. No hay en estas *Consuetudines* ningún precepto relativo a los marmesores (CAMARA LAPUENTE¹¹⁹).

8.3.6.- Recopilaciones del Derecho catalán (siglos XV-XVIII). Siguiendo a FERNANDEZ ESPINAR¹²⁰, son tres las Recopilaciones que aglutinaron el Derecho catalán: la primera de 1495, la segunda en 1588-1589 y la tercera en 1704; todas con continuidad en su contenido, por lo que podrían considerarse tres fases de un mismo Código. Desde la primera Recopilación, se cotejaron los *Usatges*, Constituciones de Cataluña y Capítulos de Cortes con sus originales, se depuraron y tradujeron al catalán y se ordenaron por capítulos y rúbricas esos materiales. De esta forma, los textos vistos hasta ahora pasaron a las Recopilaciones.

CONCLUSIONES

1.- Los principios sucesorios canónicos influyeron en la formación de toda la fiducia sucesoria principalmente por tres cauces: el reconocimiento de la primacía de la

¹¹⁶En concreto, la costumbre 10, en su párrafo primero, establece: “*Los marmesores por el testador establecidos, pueden ser marmesores y testigos si tal es la voluntad del testador*”

¹¹⁷ FONT RIUS. J.M. “Las redacciones iniciales de usos y costumbres de Tortosa”. Costumbres de Tortosa. Estudios UNED. Centro Asociado de Tortosa 1979. (Toda la Obra en general).

¹¹⁸GIBERT, R. “Historia General del Derecho Español”. Granada 1968. (Pág. 100 y s.s.).

¹¹⁹CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Op. en nota anterior) (Pág. 293-294).

¹²⁰FERNÁNDEZ ESPINAR, R. “Las fuentes del Derecho histórico español. Esquemas y resúmenes”. Editorial CEURA. 2ª Edición Revisada. Madrid 1986. (Pág. 501 y s.s.).

voluntad del difunto, cualquiera que fuese la forma en que se expresara, incluso a través de un intermediario (*nuntius*) y aún en forma secreta, con tal que llegara a ser conocida de manera cierta; la frecuencia con que se utilizaba esta forma fiduciaria para realizar descargos de conciencia en forma de disposiciones piadosas *post mortem*, por lo que el ordenamiento canónico las amparó como benignas; por último, el Derecho canónico impulsó numerosas instituciones que se basaban en sentimientos de amistad y confianza y no tan sólo en un vínculo jurídico, y que perduran hasta nuestros días.

Así pues, volviendo a la fundamentación teórica de los fiduciarios en las causas pías en general, diremos que los tratadistas del Medievo y la Edad Moderna, tomando pie en la Glosa, admiten la validez de todo tipo de personas interpuestas de carácter fiduciario, pues, alegan, al no existir en el Derecho natural principio alguno que declare la nulidad de tales disposiciones, los motivos aducidos por el Civil carecen de eficacia cuando se trata de testamentos para causas pías.

2.- Las diversas figuras utilizadas fueron las llamadas *ordinatores*, *testatores* o *manufideles*, que no eran sino una figura amplificada en atribuciones de los ejecutores testamentarios medievales. Su función dimanaba de la necesidad de impedir los frecuentes saqueos y usurpaciones que se perpetraban contra las herencias de los intestados, máxime si eran sacerdotes, a la par que del deseo de evitar el privilegio del *ius spoli* de algunos obispos, que disponían a su antojo de esas herencias. El contenido de los textos canónicos, hace referencia al encargo a otras personas para que dispongan a su voluntad del patrimonio del *de cuius*, que es cuestión bien distinta que manifestar el testador su propia voluntad al fiduciario para que la cumpla o la revele, institución esta última que en nada contraviene los principios romanos.

3.- Las disposiciones testamentarias tenían por objeto realizar buenas acciones para obtener méritos en orden a la salvación, acciones que en muchos casos deseaban mantenerse en secreto de cara a los familiares; pero además, concurrieron otro tipo de disposiciones también relacionadas con la salvación del alma cuyo secreto urgía más aún, a la luz de las concepciones de la época: son los encargos que perseguían satisfacer después de la muerte algunas obligaciones de conciencia creadas por actos delictivos del moribundo: son las llamadas disposiciones fiduciarias *pro exoneratione conscientiae* o *pro male ablatis*. Hay que destacar el importante papel que el Obispo desempeñó desde los comienzos de la Alta Edad Media hasta la época Contemporánea en la ejecución y vigilancia del cumplimiento de las últimas voluntades. El testador debía nombrar

ejecutor, y si no lo hacía, la ejecución correspondía directamente a los herederos, sin que el Obispo pudiera inmiscuirse salvo manifiesta negligencia del heredero; si el ejecutor descuidaba el cumplimiento fiel de la voluntad del difunto, podía ser constreñido por el Obispo a llevarlo a cabo, y si transcurría el tiempo durante el cual los ejecutores tenían que cumplir esos encargos, o bien hubiesen muerto, se devolvía al obispo su potestad de ejecutarlos aun contra la voluntad del testador; a su vez, esa potestad pasaba al metropolitano en caso de negligencia del Obispo. Así pues, la intervención del Obispo tenía carácter público en esta época, insoslayable aun cuando no hubiera sido rogada, y comprendía todas las últimas voluntades tanto pías como profanas, de todas las cuales era ejecutor (con carácter subsidiario) y en todo caso vigilante de su correcto cumplimiento

4.- De los siglos XIV a XVI se produce la bifurcación de la institución en virtud de la concepción que hicieron los glosadores de la distinta naturaleza de esas figuras, pues no traen causa de las sustituciones sino del fideicomiso puro romano, y es aquí donde divergen las dos figuras de tronco común pero de tan distintos efectos: por un lado la fiducia sucesoria y por otro la de la herencia de confianza.

5.- En general, concluye todo en la figura de los cabezaleros, que son en su primera época unos testigos especialmente cualificados que conocen la voluntad del testador y que deberán revelarla si son requeridos a ello o bien simplemente cumplirla, y también tienen el cometido de probar y defender el contenido del testamento. Su testimonio es firme e inapelable sin posible prueba en contrario y están encargados de ejecutar la voluntad del disponente bien si éste se lo ordenó, bien si los que deberían hacerlo (beneficiarios según la voluntad publicada) no lo hacen. Además de custodios de la voluntad (oral o escrita) del testador, pueden ser depositarios del testamento después de su revelación. Esta figura es parecida a los herederos de confianza, si bien, aún no se ha completado su fisonomía; la forma definitiva, apareciendo como herederos, acentuándose la nota del secreto, etcétera, la moldeará artesanalmente la costumbre en la forja de los siglos. Pero en cualquier caso, aunque la fiducia sucesoria es una figura distinta, la de la herencia de confianza, nos sirve como antecedente de la fiducia sucesoria ordinaria que es objeto de nuestro estudio.

6.- En los Fueros posteriores, se recogen las funciones propias de los testigos de los testamentos y las de los ejecutores testamentarios separándose de la herencia de confianza. En las normas no se mezclan ambas funciones en las mismas personas. La

función testifical se incardina sin ambigüedades en la materia de las formas testamentarias. También se detallan las obligaciones que pesan sobre el custodio del testamento. Por otra parte, en esos Fueros empiezan a consagrarse en artículos independientes, los ejecutores testamentarios, para fijar el plazo de año y día desde la muerte del testador, en orden a cumplir los deberes del cargo aceptado. Así pues, de los textos y contextos de los Fueros, no es posible inferir la existencia de unos cabezaleros con misiones tanto de testigos, como ejecutivas, ni la práctica de los encargos secretos encomendados a los ejecutores testamentarios, porque las figuras van tomando particularidades en cada una de ellas.

CAPÍTULO QUINTO (V). LA CODIFICACIÓN EN DERECHO COMÚN DESDE LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CODIGO CIVIL (1808-1889) HASTA 1981.

1.-El Proyecto de Código civil de 1821 (oficial): Fue el primer intento codificador que se produjo en España¹; así lo recoge PESET²; por ello, “no se pueden sino aventurar inciertas conjeturas” (CAMARA LAPUENTE³) sobre el tratamiento de los fideicomisos y las herencias de confianza, siendo la única conclusión indubitada que el proyecto de 1821 no contenía manifestación alguna ni de signo prohibitivo ni permisivo sobre estas ni sobre casi nada de lo relativo al Derecho de sucesiones. El título VIII del libro III había de versar “De los títulos legales para el traspaso de la propiedad después de los días del propietario”; este título no tiene concreción ni desarrollo alguno, lo que hace pensar que no se hallaba en absoluto redactado, sino que tan sólo se preveían algunos contenidos genéricos; parece deducirse del Discurso preliminar que en el tratamiento de las sucesiones, que se deja para el final, no se pensaban recoger las variedades forales, en virtud de la idea de unificación de todo el Derecho civil. Por otra parte, el Discurso nos revela también el propósito de “impulsar la subdivisión máxima de las propiedades”, lo cual parece hacer referencia a la supresión de los mayorazgos.

2.- La Real Orden⁴ de 22 diciembre 1831, “sobre el derecho gradual de herencias que han de pagar los fideicomisos y patrimonios temporales eclesiásticos” (BARO PAZOS⁵). En la época de su publicación, no existían orientaciones legislativas de Derecho sustantivo sobre la fiducia sucesoria, ni habían comenzado los autores a debatir su conveniencia, pero esta Real Orden de 1831 venía a reconocer implícitamente la existencia y validez general de tal institución por medio de

¹Se realizó por una Comisión nombrada en 1820 con el encargo de dar cumplimiento al imperativo de la Constitución de 1812 en su artículo 258 de redactar un Código civil único para toda la Monarquía (PESET). No pasó de ser un intento, porque esta Comisión tan sólo redactó algunas partes de tal empresa. En concreto, sólo se compusieron el Título Preliminar (“De las leyes”) y los dos libros de la parte primera (“De los derechos y de las obligaciones individuales”), y lógicamente su Discurso preliminar. Es precisamente gracias a este Discurso como conocemos vagamente las intenciones de la Comisión respecto a las directrices y contenido del resto del Código, que nunca fue redactado

²PESET, M. “Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821”. A.D.C. (XXVIII de 1975) Pág. 99 y s.s.

³CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. Op cit. Pág. 379-380.

⁴Fechada el 22 de diciembre de 1831 y publicada en la *Gaceta de Madrid* de 21 de enero de 1832 (nº 9), ocupando a la sazón la cartera de Hacienda Luis LOPEZ BALLESTEROS

⁵BARO PAZOS, J. “La codificación de Derecho civil en España: (1808-1889)”. Santander 1992. Pág. 59 y s.s.

su tratamiento en tema fiscal. La Real Orden disponía, por lo que se refiere a fiducias y nos interesa, lo siguiente: << *Enterado el Rey nuestro Señor de lo expuesto por la Dirección general, por el director de la Real caja de amortización y por los asesores de la superintendencia general de la Real Hacienda, y consecuencia de lo consultado por el intendente de la provincia de Málaga, relativamente a si están comprendidos en la imposición gradual de herencias los fideicomisos y los patrimonios temporales eclesiásticos y de legos; se ha servido S. M. resolver que están sujetos á la referida imposición con la distinción siguiente: 1º. En los fideicomisos se exigirá el testimonio de la cláusula fideicomisaria en su tenor literal, y si en ella resulta la restitución ó destino que el testador da de los bienes, se cargará el impuesto con arreglo a su resultado; mas si la cláusula es general y referente á la fe y sigilo del fideicomisario, entonces estará este sujeto al derecho correspondiente al heredero extraño, de no ser que declare y restituya la herencia en forma legal a persona pariente del testador, en cuyo caso se atenderá al grado de parentesco, y por él se fijará el impuesto*>>. A continuación dispone sobre la segunda cuestión que se plantea, es decir, si están sometidos a esa imposición gradual de herencias los patrimonios temporales eclesiásticos y de legos, disponiendo afirmativamente y prescribiendo reglas según el tiempo de disfrute. Así pues, de la citada Real Orden pueden extraerse las siguientes consecuencias (CAMARA LAPUENTE⁶):

a).-Aparece oficialmente por primera vez, la existencia de las fiducias sucesorias, si bien no estaban reguladas en texto codificado. Sufrían una desventaja fiscal para el caso de que la cláusula fideicomisaria ordenara al sujeto de confianza ("fideicomisario", *melius*, "fiduciario") "fe y sigilo" sobre el destinatario de los bienes; en este caso, para lo que eran antecedentes de los heredamientos de confianza, no ordena FERNANDO VII la obligatoriedad de la revelación del destino, sino que grava al fiduciario con la imposición correspondiente al heredero extraño, que es la más alta; es decir, puede conservar el secreto, pero a un alto precio. Pero por lo que se refiere a la fiducia exhibida, que nos ocupa, no hay tal gravamen, por lo que se someterá a las imposiciones fiscales ordinarias. Para obtener la carga fiscal justa, puede el fiduciario restituir en forma legal al verdadero heredero, que, si es pariente del testador, pagará tan sólo por su grado de parentesco. El supuesto de hecho a que hace referencia la disposición, esto es, el de los fideicomisos puros, se producía en todo el territorio

⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (en nota anterior) (Pág. 381-382).

nacional. Así se deduce de la circunstancia de que la Real Orden, tenía vigencia en toda España.

b).-Se corrobora que existía absoluta vinculación entre las fiducias y el patrimonio eclesiástico, pues con frecuencia se usaron las primeras para protección del segundo. Prueba de ello es esta Real Orden única que trata de ambos extremos en el orden impositivo, por razón de la proximidad entre los fideicomisos y los usufructos, fueran temporales o vitalicios. Esto influyó algo en el rechazo posterior de los fideicomisos, que podían servir de vehículo, entre otros usos, para hacer llegar bienes a las "manos muertas", tan controladas en la época liberal.

c).- Es evidente que la terminología empleada fue la heredada de los textos del Derecho histórico castellano, y en concreto, de las Partidas ("fideicomisario", etc.).

3.- El Proyecto privado de Gorosábel de 1832. Pablo de GOROSABEL⁷ articuló en 1832 un Código civil, sistematizado con la forma del *Code* francés que trataba de plasmar las reglas del Derecho histórico castellano. Recogía figuras tradicionales en materia testamentaria, en el título VII de la parte tercera, como el poder para testar, el "testamento menos solemne" (codicilo), el "testamento secreto" (cerrado), así como los mayorazgos en el título III de la parte segunda. Tras dos años, se publicó una obra doctrinal explicativa de las formas de llamamientos sucesorios en los que hacía referencia a los fideicomisos al tratar de la institución de herederos; es importante la innovación de que estaba situada en sede de institución de herederos y no entre las sustituciones fideicomisarias; por lo que se desmarca ya un llamamiento independiente que es el germen de la fiducia sucesoria, que posteriormente se desarrolló muy bien entre las legislaciones forales y no tanto en el Derecho común⁸. Lo que ocurre es que debido a la idea imperante, de que los fideicomisos se encomendaban con el único

⁷GOROSABEL, P. de. "Redacción del Código civil en España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos". Tolosa 1832. Hay 2ª edición de Madrid de 1946. (En todo su contenido). Especialmente interesa la regulación de ejecutores testamentarios, en artículos 1094 y s.s., los mayorazgos en artículos 282 y s.s., y dos referencias puntuales a lo que fue el germen de la fiducia sucesoria: en primer lugar el artículo 1034 por el que el testador puede conceder poder especial para que otro haga en su nombre el nombramiento de heredero, "señalando a la persona que quiere lo sea y lo mismo respecto de las demás cosas, señalando para que le da el poder; en su caso, el apoderado puede ejecutar esas cosas"; también recoge aparte (artículo 1036 el poder para testar; pero donde más se aprecia la posibilidad de fiducia sucesoria es en el artículo 1052 (Pag 229) en el que se determina "La institución de heredero puede hacerse no solo directamente, sino también de modo indirecto, suplicando al que lo establece por heredero que restituya la herencia a otro".

⁸GOROSABEL, P. de. "Examen de los principios de Derecho civil español". Tolosa 1834. Las observaciones de su autor, son ilustrativas por cuanto alude a los fideicomisos romanos y su desenvolvimiento histórico hasta introducirse esa legislación entre nosotros a través de las Partidas "de modo que ella alzó así la multitud de prohibiciones que poco antes había establecido para recibir herencias"

objeto de eludir las prohibiciones de recibir por testamento, se planteó una curiosa idea para hacerlos desaparecer, consistente en eliminar las barreras para adquirir (ALVAREZ VIGARAY⁹). En definitiva, GOROSABEL describió el estado en aquella época de las leyes civiles y trató de fomentar entre los redactores la costumbre de introducir reformas. Pero esta obra fue ignorada por los posteriores autores de otros textos, y como Código apenas dejó huellas perceptibles en los códigos o proyectos que a continuación se hicieron; tampoco fue usado por CAMBRONERO, ni tenido en cuenta en el Proyecto de 1836, ni citado en las actas o trabajos de los redactores del Proyecto de 1851, que, no obstante, disponían de un ejemplar en su biblioteca. La doctrina de la época le prestó inexplicablemente poca atención (BARO PAZOS¹⁰).

4.-Proyecto de Código civil de 1836 (oficial). (ALVAREZ VIGARAY¹¹). Corresponde a la época posterior a la absolutista, en la que la codificación civil de carácter oficial no existió prácticamente. El 27 de mayo de 1832, por el jurisconsulto Manuel María CAMBRONERO se recibió el encargo de FERNANDO VII de redactar un proyecto de Código civil. Este sólo pudo componer las partes relativas a tutela, curatela, ausencia y personas morales, ya que falleció alrededor de un año después de encomendarse el encargo. En 1834, tras la muerte de FERNANDO VII, se nombró una Comisión técnica, no parlamentaria, que presentó en Cortes su Proyecto de CC el 16 noviembre 1836, firmado por José AYUSO NAVARRO, Eugenio de TAPIA y Tomás María VIZMANOS. Se trata del primer Proyecto completo de CC, por lo que se entenderá su importancia; además fue utilizado con asiduidad por la Comisión General

⁹ALVAREZ VIGARAY, R. "El sistema de Derecho civil en la literatura jurídica del Siglo XIX español". Revista General de Jurisprudencia y Legislación, marzo de 1986 (Pág. 365 y s.s.). "Yo no diré que esto sea un mal, puesto que según he manifestado en el título de testamentos es el mayor absurdo incapacitar á uno generalmente para adquirir, ya que por consiguiente todo lo que se dirija á obtener la adquisición es útil; ¿pero no se hace así una legislación ridícula y contradictoria? Habilite pues la ley francamente á todo el mundo para adquirir; entonces los testadores no tendrán necesidad de estos rodeos para dejar á las personas de su afición sus bienes, y con esto cesarán los fideicomisos". En cuanto a su naturaleza y opinión de *lege ferenda* señala que "la institución indirecta de heredero conocida entre los juristas con el nombre de fideicomiso apenas puede tener lugar o en una legislación franca cual propongo, ni aun cuando algún testador use de semejante lenguaje oblicuo é irregular debe ella hacer suponer dos instituciones siendo en realidad una sola". Este autor añade un colofón final que no deja dudas sobre su desconfianza sobre la institución: "a pesar de esto, si algún testador usara de estos medios oblicuos para dejar a otro su herencia, yo no veré en esto mas que una sola institución, ni en el llamado heredero fiduciario mas que un mero comisionado para hacer la entrega", y agrega "no ver razón alguna para concederle la cuarta trebeliánica"

¹⁰BARO PAZOS, J. "Los proyectos de Código civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García de Goyena" (en la obra de los Escritos jurídicos en homenaje a Luis Mateo Rodríguez) Universidad de Cantabria-Santander 1993. (Pág. 37 y s.s.).

¹¹ALVAREZ VIGARAY, R. Proyectos de Código civil en la primera mitad del Siglo XIX. Anales de la R.A.S.L. en el nº XIX dedicado al Centenario del Cc. Español 1988 (Pág. 111 y 112).

de Codificación constituida a partir de 1843. No fue deliberado por las Cortes ni llegó a los trámites parlamentarios, probablemente debido a las convulsiones de la época. El Proyecto de 1836 transcribió literalmente los trabajos que había redactado CAMBRONERO que no había llegado a tratar la materia de Derecho de sucesiones, pero que fue completada por la citada comisión. La sucesión testamentaria se aborda en el título 2º del libro IV ("De las sucesiones hereditarias") del Proyecto de 1836. El ambiente jurídico de la época, orientó de tal manera a la Comisión, que al tratar de las sucesiones, las califica como "materia complicada que la Comisión ha procurado simplificar, desterrando las sutilezas del Derecho romano, cuyas doctrinas quisieron conciliar nuestros comentadores con la legislación patria que en algunos puntos capitales discrepaba de las leyes de aquel antiguo imperio". Así pues, se vislumbra la intención de introducir modificaciones simplificadoras respecto al Derecho romano. Fue clara la influencia del *Code* Napoleón en este Proyecto, no tanto en su sistemática cuanto en aspectos de contenido regulativo, y con particular claridad en tema de adquisición de bienes por vía hereditaria. A juicio de CAMARA LAPUENTE¹², los casos en que se distanciaron sus redactores del Derecho tradicional castellano, que tan bien conocían, lo hicieron, cuando lo exigían necesariamente "la ciencia jurídica y la política social". Estos tres factores, simplificación respecto al Derecho romano, influjo del *Code*, y adaptación a los tiempos, pueden ayudar a explicar las razones que movieron a la Comisión especial a prohibir tajantemente los fideicomisos, modificando así toda la tradición histórica española. El art. 2297 del Proyecto dispuso: <<Queda prohibido desde la promulgación de este Código el instituir heredero por fideicomiso, mas podrá el testador encargar a persona determinada y capaz de obligarse, la custodia de la herencia o de un legado, con tal que no la releve de dar cuentas al heredero o legatario, ni quite a éstos el derecho de tomar posesión cuando les acomode, previa indemnización de los gastos que para la custodia de la cosa hubiere hecho el encargado de ella>>. La materia se ubica en la sección primera del cap. V ("Del sucesor testamentario"), tit. II, libro IV. En esta misma sección se admiten la sustitución vulgar y pupilar (arts. 2291-2296). El artículo 2297 transcrito es el último de la sección y tanto por su situación sistemática, como por los presuntos fines que perseguía la Comisión, como por la disposición de que es eco, el artículo 896 del Código francés, parece pretender la prohibición sin paliativos de las sustituciones

¹²CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Nota anterior) (Pág. 384-385).

fideicomisarias. Recoge CAMARA LAPUENTE¹³ que se crean categorías intermedias entre la prohibición de fideicomisos puros romanos y las sustituciones fideicomisarias. En definitiva, el precepto, debe entenderse referido a todo tipo de cláusulas fideicomisarias, con lo que aparece por vez primera en un proyecto de legislación civil la prohibición de la idea fideicomisaria, por reflejo de la legislación de desvinculación de patrimonios, que dejó inoperantes también otro tipo de distribuciones de la herencia, como por ejemplo la fiducia sucesoria que nos ocupa. Responde a la época y admiración e imitación del Código francés. En consecuencia, también parece que deberá entenderse incluida en la prohibición, la práctica del heredero fiduciario con instrucciones reservadas y confidenciales, que llega mucho más allá de nuestra figura, debido a la radicalidad del precepto.

5.- Proyecto de Código Civil de FERNANDEZ DE LA HOZ, de 1843. Es una variante sobre el de 1836, y no contiene nada nuevo que añadir respecto de lo ya comentado anteriormente.

6.-Proyecto de Código civil de 1851 (oficial). El 19 de agosto de 1843 se promulgó el Real Decreto Fundacional de la Comisión General de Codificación (CGC), que sustituía a las antiguas Comisiones especiales¹⁴.

Relata CAMARA LAPUENTE¹⁵ el procedimiento de elaboración de las Bases generales de la codificación, en las que se destacó el propósito unificador. De lo debatido en el seno de la Sección civil, sobre esta postura innovadora respecto del Derecho histórico, en lo referente a las fiducias y los fideicomisos, tenemos constancia

¹³CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (en nota anterior) (Pág. 387-391, y 400 y s.s.). Recoge este autor que << la técnica empleada es, sin embargo imperfecta: se prohíbe "instituir heredero por fideicomiso", pero no se define en el articulado qué sea el "fideicomiso" con lo que se crea una categoría de dudosos contornos: podía referirse a los fideicomisos puros romanos o bien a las sustituciones fideicomisarias, a las que se fueron adhiriendo con el tiempo caracteres de las vinculaciones y mayorazgos>>

¹⁴Surgió con la intención de conseguir una unidad de dirección técnica, para reconducir oficialmente todo el impulso codificador. Integrada por los más importantes juriconsultos de la época, la comisión acordó el 16 septiembre 1843 dividirse en cuatro secciones para ganar en agilidad (una para el Código civil, otra para el penal y dos para sendas leyes de procedimientos); también se acordó nombrar una ponencia que redactase las bases generales de la codificación y que cada sección redactase las bases de sus Códigos respectivos, que se someterían a discusión del pleno de la Comisión.

¹⁵CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." Dice este autor que "Fueron aceptadas por el Gobierno el 28 septiembre 1843. En cuanto a la Sección primera o del Código civil, se hallaba integrada por: Florencio GARCIA GOYENA como presidente; como vocales, Cirilo ALVAREZ, Claudio Antón de LUZURIAGA, Javier DE QUINTO, Domingo M^o RUIZ DE LA VEGA, Domingo M^a VILA, VIZMANOS, y, como secretario, ORTIZ DE ZUÑIGA. Esta Sección se ocupó antes que nada de la redacción y debate de las complejas y extensas bases del CC. En el mes de octubre de 1843, la Sección civil elevó a la Comisión las bases 13 a 26, entre las cuales se admitía la sustitución vulgar y la pupilar en la parte de libre disposición del padre, rechazando absolutamente la sustitución ejemplar y los fideicomisos". (Op cit en nota anterior, pag. 390 y s.s.).

a través de un estudio de GARCIA GOYENA titulado *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, (LACRUZ BERDEJO¹⁶) que ha de tenerse por una interpretación auténtica del Proyecto definitivo.

En principio, hay que reseñar el literal de la base que recoge la prohibición general de los fideicomisos, que extraemos de las 53 bases del Código civil, aprobadas por la Comisión General y elevadas al Gobierno el 7 marzo 1844: << (Base 27): *No se admiten los fideicomisos en general ni tampoco las disposiciones testamentarias que tienen por objeto dejar a alguno todos los bienes ó parte de ellos para que los aplique al uso, fin o destino que reservadamente le hubiera comunicado el testador*>>. A partir de estos parámetros, deducimos algunas consecuencias: se someten a la misma consideración las sustituciones fideicomisarias, fideicomisos y cualesquiera disposiciones testamentarias con instrucciones reservadas –que se prohibirían–, así como otras parecidas, entre las que se encontrarían las fiducias sucesorias, si bien en este caso, como veremos, se incardinó una forma de ellas a través de la facultad de distribución en el ámbito de las mejoras.

Razona CAMARA LAPUENTE¹⁷, que responde a una visión política de la época, la de la evitación de las manos muertas, y prueba de ello es que en la Base 23, se establecía la prohibición sin excepciones de que las manos muertas adquiriesen bienes inmuebles. Responde a la influencia del Código de Napoleón, “confesada abiertamente en este punto por GARCIA GOYENA”, el *Code* prohibía terminantemente las sustituciones fideicomisarias y en eso se inspiró la Sección civil de la CGC. Una vez

¹⁶LACRUZ BERDEJO, J. L. En las “Concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil”. R.C.D.I. en el nº 501 de marzo y abril de 1974 (Pág. 289 y s.s.). En uno de los apéndices de esta obra, nos dice GARCIA GOYENA en punto al aspecto prohibitivo de esta base que “se trata solo de las transmisiones sucesivas ó sustituciones en grados ulteriores, y cuando el primer llamado entró en el dominio, posesión y goce de los bienes.- Por de contado las sustituciones perpetuas, conocidas con el nombre de fideicomisos y mayorazgos están abolidas y á la verdad no es este el tiempo en que pueda tratarse seriamente de renovarlas”. Se aprecia claramente el influjo del espíritu desamortizador, que pretende anular todos los medios jurídicos que hagan posible la conservación de las vinculaciones. Continúa GOYENA desarrollando esta idea: “La materia de las sustituciones es una de las más difíciles y complicadas del derecho: la Sección se propone desembarazar de ellas al nuevo Código, admitiendo únicamente la vulgar.- Mas por ahora la base propuesta se ciñe a la exclusión de las sustituciones fideicomisarias, es decir, aquellas en que se deja la herencia ú otra cosa, con la obligación de que á la muerte del que la recibe haya de pasar á otro, obrándose así la trasmisión de la propiedad por medio de una persona interpuesta entre el nuevo dueño y el testador.- Las instituciones perpetuas de esta especie, ó los fideicomisos perpetuos, están abolidos por la ley de 27 de septiembre de 1820, y otras recientes.- La Sección va más lejos, pues pretende que se prohíban todos, aun los reducidos ó que se limiten á un solo grado ó generación...- La Sección no ha desdeñado tomar esta base del Código Francés, porque le parece provechosa...”

¹⁷CAMARA LAPUENTE, S. “La fiducia...” (en nota anterior, pag. 393 y s.s.). Dice “que los fideicomisos y las otras disposiciones que la Sección civil consideró como afines fueron vistas por ésta como un medio fraudulento para establecer vinculaciones perpetuas. Este tema constituyó un punto obsesivo para los redactores del proyecto, como se desprende de los comentarios a la base 27”

aprobadas las bases del Proyecto de Cc., los miembros de la sección civil se repartieron las ponencias sobre las distintas partes del Código y la Comisión empezó a discutir el 20 mayo 1845 el libro III, que versaba acerca de los diferentes modos de adquirir la propiedad y abordaba las herencias en sus primeros títulos. ALVAREZ¹⁸ redactó de nuevo el contenido de la base 27. De esta forma, el art. 79 de su redacción reza así: <<*Se prohíben los fideicomisos y todas las disposiciones testamentarias que con este [sic] ú otro nombre tengan por objeto dejar a alguno el todo ó parte de los bienes de una herencia para que los aplique, destine ó distribuya conforme a las instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador*>> Probablemente, la Sección civil no tenía una idea clara y definida acerca de la naturaleza jurídica de estas "disposiciones testamentarias" dispuestas con el nombre de fideicomiso o con cualquier otro nombre, pero que sí quería a toda costa prohibir esta práctica. Por otra parte, la persona que recibe los bienes y las instrucciones reservadas sobre su aplicación no parece tener que ser, necesariamente, el heredero ("dejar a alguno").

Esta Comisión fue la que dio redacción definitiva a la parte que nos interesa del Proyecto de 1851. A GARCIA GOYENA le correspondió, entre otras, la parte de testamentos y herencias. Tanto la Sección como la misma Comisión debían estar plenamente conformes en las limitaciones de los fideicomisos y prohibiciones de instrucciones reservadas, que no originaron debate alguno. Se siguió, en este punto, lo indicado por la base 27 de 1844. Así pues, veremos algunos preceptos que imponen la prohibición general del encargo de distribución y fiducia sucesoria, para después comprobar como el precepto que nos ocupa, supone una excepción a la regla general de las limitaciones y prohibiciones.

En primer lugar, dispone el art. 559 del Proyecto de 1851: <<*Toda disposición testamentaria que tenga por objeto captar algún lucro en testamento futuro de otro, es nula. También es nula aquella en que, bajo cualquier nombre o concepto, se deja a uno el todo ó parte de los bienes, para que los aplique ó invierta con arreglo á instrucciones reservadas, que le hubiere comunicado el testador*>>. Para LACRUZ BERDEJO¹⁹, se deducen del escrito de GARCIA GOYENA²⁰ los motivos que

¹⁸A Cirilo ALVAREZ, se atribuye la redacción de la materia de testamentos. La ponencia, que consta de 31 páginas lleva por título "De los testamentos" y está dividida en 15 capítulos y 129 artículos con numeración propia, que no continúa la de otros libros o trabajos

¹⁹LACRUZ BERDEJO, J.L. "Las Concordancias de García Goyena" R.C.D.I. en el nº 501 de marzo y abril de 1974 (Pág. 291 y s.s.).

²⁰GARCÍA GOYENA, F. "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español". Madrid 1852. Ediciones reimpresas de Barcelona en 1973 y Zaragoza en 1974. Recoge el redactor que "El

indujeron a la Comisión a redactar este precepto, ya que el segundo párrafo es una consecuencia del artículo 558. Este planteamiento merece para CAMARA LAPUENTE²¹ algunas críticas, tales como que dice GARCIA GOYENA²² que la nulidad de las disposiciones confidenciales es una consecuencia del art. 558. Este proclama que el testamento es un acto personalísimo y que ni su formación ni la subsistencia de la institución de heredero o de la manda ni la designación de su cantidad pueden dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero. Pero no tiene en cuenta la radical diferencia entre el comisario para testar y el tercero fiduciario con instrucciones confidenciales, pues el primero gobierna a su antojo la sucesión del testador, mientras que el segundo es un mero ejecutor del testador, cuya voluntad secreta él cumple en virtud de la confianza depositada. Esta diferencia esencial, que los juristas y prácticos de los siglos XVI al XIX supieron exponer nítidamente, no la considera GARCIA GOYENA²³ que las refunde en una sola figura. A partir de esta prohibición, la figura que nosotros estudiamos, pasa a ser una excepción en el sistema del texto del Código Civil. Para el redactor del Código civil, se debe rechazar por constituir un medio propicio para defraudar las leyes prohibitivas sobre incapacidad o indignidad. Los mismos motivos indica GARCIA GOYENA en el comentario al otro artículo que prohíbe las disposiciones confidenciales, el art. 636. Así por ejemplo, ya da muestras de su aversión por la figura: "semejante institución encierra un fideicomiso de la peor especie, pues, sobre convidar á delinquir, puede hacer ilusorias todas las prohibiciones ó incapacidades".

En parecido sentido el artículo 636: << *Quedan comprendidas en la prohibición del artículo anterior: 1º. La disposición por la que se declare inalienable toda ó parte de la herencia. 2º. Aquella por la que es llamado un heredero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero. 3º. La que, bajo cualquier nombre ó forma, tenga por objeto dejar uno el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique e invierta según las instrucciones que le hubiese comunicado el testador. Si los hubiere dejado simple y generalmente para distribuirlos en iglesias (...>>).*

De la misma forma ocurrió con las instituciones jurídicas navarras, que tanto

segundo párrafo es una consecuencia del artículo 558. Sin esta restricción no sería el testador, sino un tercero el árbitro de la institución y de las mandas; en una palabra, de la herencia. Además, sería, como ha sido hasta ahora, fácil eludir las leyes prohibitivas sobre incapacidad ó indignidad, y se da ocasión á delinquir con la prohibición, casi formularia, de no haberse de pedir cuentas, ó mezclarse judicial ó extrajudicialmente en la inversión".

²¹CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 395 y s.s.).

²²GARCIA GOYENA, F. "Concordancias..." (Nota anterior, en el comentario al artículo 558).

²³GARCIA GOYENA, F. "Concordancias..." (Nota anterior...en pag 560).

podrían decir en materia de fideicomisos o heredamientos; valga la poca actuación que desempeñó la Audiencia Territorial de Pamplona, que tan solo se pronunció en contra de la prohibición de los fideicomisos secretos por el Proyecto, lo cual equivalía a su conformidad con tal medida. En cambio, presentó varios razonamientos para evitar la prohibición proyectada de las sustituciones ejemplares y pupilares, pues, "a decir verdad, este tribunal no cree ventajosa esta supresión". "También tiene en su apoyo razones muy atendibles la sustitución fideicomisaria, aunque sea limitada a solos dos grados; y por lo mismo este Tribunal propone la reforma de los artículos expresados". En otros aspectos de la materia sucesoria recogida en el libro III del Proyecto se muestra disconforme la Audiencia navarra en mayor o menor medida, pero nada dice sobre la herencia de confianza. El silencio del entorno jurídico navarro y catalán indica que la prohibición del Proyecto de 1851 no se fue considerado como un asunto de extirpación de una institución tan foral, sino como el intento de suprimir una práctica de alcance nacional.

De alguna de las entidades del resto de España, surgieron informes de apoyo a lo que fue la definitiva defenestración de la fiducia y fideicomisos puros del panorama civil común. Así, la Audiencia de Granada redactó su informe del que transcribimos algunos pasajes: *"Otra reforma no menos aceptable nos ofrece el artículo inmediato, con arreglo al cual el testamento es un acto personalismo, y su formación no puede dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero. Esta disposición echará á tierra toda la doctrina de los poderes para testar, consignada en varias Leyes Recopiladas, títulos 19 y 20, libro 10. Las ventajas de esta alteración no pueden ponerse en duda bajo ningún concepto: nada más repugnante y contrario a la esencia del derecho de testamentifacción, que se ejercite por otra persona que no sea el testador mismo. Si aquella obra en virtud de instrucciones confidenciales, como ordinariamente sucede, no siendo fácil asegurarse de que las lleva a ejecución vigorosamente, cuando cumple su encargo, el testamento de esta manera otorgado, no tendrá el respeto y consideración que a tales actos se debe"*

Por lo tanto, del Proyecto de 1851, nos resulta interesante y cobra su importancia la excepción que se hace en el artículo 663, a la prohibición general expresada en el artículo 662 que reza así : << *La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*>> . Estaba redactada conforme con la ley recopilada 1 título 19, libro 10, o 31 de Toro, que dispuso esto mismo a pesar de admitir los comisarios testamentarios: guarda además conformidad con el artículo 55. Así pues, la gran y posible excepción de una

forma de tímida fiducia resulta del artículo 663 del Proyecto: << *Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto*>>. Era costumbre habitual de los contratos y capitulaciones matrimoniales en las provincias que tenían fueros, que se otorgasen los “pactos al más viviente”, por el que se incluía una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente para que en caso de haber muerto intestado su consorte, pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno de ellos, más o menos que a otros u otros; esta disposición era de suma importancia , según se tratase de una u otra legislación foral, ya que convertía prácticamente en formal la legítima de los hijos. Al menos, el artículo 663 del Proyecto dejaba a salvo la legítima. Esto es un claro antecedente del 831 CC y la facultad de mejorar del cónyuge viudo, si bien en este caso debían darse dos requisitos: que se hubiese incluido la facultad en capitulaciones, y que el cónyuge muriese intestado.

A pesar de todo, los efectos de la cláusula era muy beneficiosos, porque se conseguía mantener el respeto y cuidados respecto de su madre viuda; todo esto redundaba en la conservación de la disciplina domestica, y sobre todo, se evitaban los costosos y desastrosos juicios de testamentaría que eran profusos en la época. En palabras de GARCÍA GOYENA²⁴, “el amor de padre y madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esa distinción”. Fue por esto, por lo que se consignó en este artículo la costumbre que existía en las provincias de los Fueros, con la esperanza de una generalización en todo el territorio nacional; la calificación de “loable” por parte de este autor, así como el fin de la institución (“esperando que se generalizarían los mismos felices resultados”), nos da una idea del pensamiento de la época. Lo cierto es que en el proyecto, se prohibía, como hemos visto, todo aquello que recordase instrucciones reservadas, fideicomisos perpetuos o vinculaciones de bienes, por lo que la fiducia quedaba prácticamente proscrita, si no fuese por esta ventana de escape a través de la mejora y facultad de distribución del cónyuge, que como veremos en la evolución de la norma, quedó dormida durante muchos años hasta el despertar con la reforma de 2003. Respecto a la mención del requisito de que no haya pasado a segundas

²⁴GARCIA GOYENA, F. “Concordancias...” (Nota anterior, en pag 559 y s.s.).

nupcias, (“que no ha repetido matrimonio”), no responde más que a la práctica de las zonas de Derechos forales y que en absoluto tiene contradicción con lo establecido en el artículo 805 del Proyecto -relativo a los condicionantes de contraer ulteriores nupcias y los bienes reservables- porque en aquel caso se refería a bienes que pertenecieron al que va a mejorar y que está, pendiente del cumplimiento del evento mencionado en el artículo 804, mientras que en el que recoge el 663, se refiere a bienes absolutamente ajenos al cónyuge bínubo, y por lo tanto de la total propiedad de los hijos del primer matrimonio.

Para SECO CARO²⁵, el precepto tenía su fundamento en la perspectiva de un “patrimonio familiar”; para MANRESA²⁶, la finalidad del precepto era << evitar que una herencia deferida sin testamento se atribuya y divida por la aplicación estricta de las disposiciones generales sobre abintestato >>. El mismo SECO CARO²⁷ entendió que la norma servía para corregir las <<ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados >>. Pero la finalidad más pragmática la recoge VALLET DE GOYTISOLO²⁸, para el que se trata de mantener sin dividir dentro de la familia una explotación agrícola o industrial o un establecimiento mercantil; en el mismo sentido GARRIDO DE PALMA²⁹, que considera que el Proyecto de Código Civil era abierto a la introducción de alguna de las formas forales, aunque fuese de forma menos agresiva, al sistema de Derecho civil común. Lo cierto es que el precepto contenido en el artículo 663 del Proyecto de 1851, introducía una forma de fiducia sucesoria entre cónyuges, habida cuenta que, como hemos expuesto anteriormente, no se admitía la delegación para testar, ni mucho menos las fiducias sucesorias secretas. Todas estas figuras habían sido expulsadas del texto del Proyecto en aras de una defensa a ultranza del carácter personal del testamento.

7.- Código Civil de España por RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE, de 1852. Ante la regular acogida del Proyecto de 1851, se produjo una época de elaboración o intentos de elaboración de un texto de Código que cumpliese las expectativas de regulación

²⁵SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (Pág. 273 y s.s. y en especial la 115).

²⁶MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios VI”. 6ª Edición (Pág. 445).

²⁷SECO CARO, E. “Partición...” (Nota anterior, en pag. 274 y s.s.).

²⁸VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Derecho matrimonial familiar y sucesorio en el Código Civil y en su aplicación práctica” (La Notaria 1946) (Pág. 22 y s.s.).

²⁹GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil” (Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre III) (Pág. 365 y s.s.).

unitaria (LASSO GAITE³⁰). No contiene nada reseñable que se pueda añadir a lo comentado para el Proyecto. (BARÓ PAZOS³¹).

8.-Ley hipotecaria de 1861. En el artículo 2, número tercero, y en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria de 8 febrero 1861 se recogió la posibilidad de inscribir la titularidad de los herederos fiduciarios; pero evidentemente se refería a fiducias completas como las de las instrucciones reservadas o incluso las de las herencias de confianza, que en este momento de nuestro estudio ya se separan de la figura que nos ocupa; y es que tras el Proyecto de Código civil de 1851 hay ya dos figuras distintas: por un lado la herencia de confianza o la fiducia para aplicar la herencia conforme las instrucciones reservadas transmitidas por el testador a su heredero fiduciario –que se proscriben como hemos visto en el texto del Proyecto de 1851- y por otro lado la facultad de distribuir y mejorar concedida al cónyuge que se innova e introduce en el texto a través del analizado artículo 663 para dar satisfacción a los foralistas mediante la inclusión en el texto unificado de Código civil, de una figura tan propia de los territorios forales como esta facultad de distribuir, que resultaba un guiño, mediante la incorporación al sistema de Derecho civil común de una figura semejante a la fiducia sucesoria aragonesa; así pues, se permitía la inscripción en el Registro de la Propiedad de "los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados". Era una garantía muy superior a la que precisaba un distribuidor con facultad de mejorar, pero evidentemente no pensaba el legislador en este, sino en una fiducia más plena, como por ejemplo la herencia de confianza; puesto que no había prosperado el Proyecto de 1851, esto significó que cabía un cambio en la mentalidad del legislador decimonónico. Y, además, recalcaba que "la inscripción de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos a inscripción.- Si hiciere la aquella declaración, se verificará la inscripción desde luego á nombre del fideicomisario" (así figura literalmente en el precepto). Para CAMARA LAPUENTE³², los hipotecaristas de la época interpretaron

³⁰LASSO GAITE, J.F. "Crónica de la Codificación Española". Ministerio de justicia. (Comisión General de Codificación).

³¹BARO PAZOS, J. "La Codificación de Derecho civil en España (1808-1889)". Santander 1992 (Pág 72 y s.s.).

³²CÁMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta". (Nota anterior) (Pág. 400 y s.s.). Para este autor <<resulta interesante destacar la atención y minuciosidad que esta obra de SANCHEZ DE MOLINA prodiga al heredero fiduciario con instrucciones secretas, que admite sin ambages como lícito

ambos preceptos preferentemente en relación con los fideicomisos secretos o fiducia sucesoria secreta. Pero lo cierto es que precisaba un apoyo legislativo en el ámbito civil común.

9.-Proyecto privado de Sánchez de Molina (1871-1873). Su valor más sobresaliente es haber recogido el Derecho vigente tal como se desprendía de la legislación entendida como vigente, de la jurisprudencia (positiva o negativa) del TS y de la opinión de eminentes jurisconsultos” (ALVAREZ VIGARAY³³).

Para SANCHEZ DE MOLINA, el fundamento de la fiducia está en el artículo 599 del Proyecto, que procede de la ley 14, tít. 5, Partida 6^a, -utilizada en numerosas ocasiones por el TS, así como la sentencia de 21 abril 1866 de ese Tribunal-.

Además, en su concordancia con el Proyecto de 1851 dice este autor: "por el art. 559 del Proyecto de C. C., se declaran nulas estas disposiciones testamentarias", que él, sin embargo reconoce como vigente. Según este texto, se reconoce una regulación para los herederos fiduciarios consistente, en palabras de CAMARA LAPUENTE³⁴, en que “son instituidos para dar la herencia a un tercero que se les señala o bien si es el alma la instituida heredera del testador”, por lo que ellos reciben "bajo sigilo" el encargo acerca de la distribución de los bienes, en ligamen con ciertos descargos de conciencia. Y consagra la posibilidad tanto de la prohibición de revelar el encargo secreto, incluso ante requerimiento judicial, como de rendir cuentas. Pero en lo que a nosotros interesa, SANCHEZ DE MOLINA estudió y analizó la naturaleza de estos herederos fiduciarios, asumiendo una directriz del TS (v. gr. s. 11 enero 1860); a lo

siguiendo fundamentalmente las directrices del TS. Dentro del libro II —separándose en esta ubicación el Proyecto de 1851— ("De las cosas o bienes"), tít. V ("De la adquisición del dominio por herencia"), cap. VI ("De la institución y sustitución del heredero")>>> por lo que admitiendo tal figura es también admisible la más limitada de la facultad de distribuir y mejorar; en la sección primera se ocupa de la institución de heredero, entre cuyas reglas se encuentra la siguiente, bajo el n° 712: << *Son herederos fiduciarios aquellos tí quienes el testador instituye para que en el tiempo que designa entreguen la herencia á la persona que les nombra ó en el caso de dejar el testador por heredero á su alma encargándoles bajo sigilo el modo de descargar su conciencia y distribuir sus bienes; prohibiéndoles su revelación y á cualesquiera jueces y personas que les pidan cuentas de su inversión, mandando que contraviniendo este precepto no haya fideicomiso y el fideicomisario herede enteramente* >>

³³ALVAREZ VIGARAY, R. "El sistema de Derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español". (op. Cit. en nota anterior) Fue una obra del diputado SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, que había solicitado del Ministro de Gracia y Justicia, la reanudación de las actividades para la elaboración de un Proyecto de Código civil que se plasmase definitivamente en un Código. La actuación del Ministerio consistió en ignorar las peticiones de los juristas de la época, por lo que SANCHEZ DE MOLINA emprendió una serie de estudios y trabajos que se resumen en una obra completada en 1871; recogía el estado de la legislación vigente desde el Fuero Juzgo a las leyes provisionales de 1870, con anotaciones de la doctrina del Tribunal Supremo, y de los jurisconsultos, y con forma de plan concreto de CC; se componía de 2798 artículos por párrafos numerados. El texto seguía la sistemática del Proyecto de 1851 y concordaba "las principales novedades que introduciría en nuestra legislación este Código si llegase a exigir. (Pág. 378 y s.s.).

³⁴CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia..." (Nota anterior, en pag. 402 y s.s.).

largo de esta su obra existen apartados que bajo la rúbrica de "jurisprudencia" explican o desarrollan mediante concretas reglas, la jurisprudencia de los artículos que preceden; estas reglas, sin embargo, no se diferencian en importancia o extensión a los demás artículos, y llevan también numeración correlativa con el articulado formando parte del mismo. Así, el art. 727, integrante de esa parte de "jurisprudencia", señala: <<Al autorizar el testador á personas de su confianza para distribuir sus bienes con arreglo a las instrucciones que les comunicó no hace una verdadera institución de heredero, y no son de consiguiente aplicables a este caso las leyes que declaran cómo debe hacerse el establecimiento de heredero>>.

La segunda sección del proyecto privado de Sánchez Molina, se ocupa de las sustituciones y, en particular su párrafo 4º versa sobre la sustitución fideicomisaria (arts. 760-776). Siguiendo una tendencia jurisprudencial y doctrinal, SANCHEZ DE MOLINA entiende las herencias *de* confianza como un tipo de sustitución fideicomisaria con designación confidencial y reservada de fideicomisario. A diferencia del Proyecto de 1851, el art. 760 de *El Derecho civil español en forma de Código* admite tanto la sustitución fideicomisaria como esta "modalidad" suya. Como a juicio de SANCHEZ DE MOLINA se mantiene la fiducia en su más extenso poder de actuación, frente a la prohibición del Proyecto de García Goyena, queda claro que se admite esta figura, por lo que no se hace necesario recoger un precepto semejante al del artículo 663 del Proyecto de 1851 que es más limitado; todo esto, acorde con la práctica forense y la legislación castellana tradicional. Así resulta de la primera de esta serie de leyes cuyo tenor es el siguiente: << La ley 14, tít. 5º de la Partida 6º, cuyo objeto es definir y autorizar la institución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una que tiene la comisión ó encargo de entregar la herencia y otra el derecho de recibirla, no prohíbe que la designación de la segunda sea confidencial >>. A continuación recoge, como estudia CAMARA LAPUENTE³⁵, un exhaustivo catálogo de directrices con respaldo jurisprudencial sobre la situación y régimen del heredero fiduciario o de confianza, que se proponen afianzar su legalidad. Por lo tanto, no es necesario incorporar una facultad de distribución y mejora, teniendo tanta amplitud el marco de actuación de los fiduciarios (ALVAREZ DE VIGARAY-21).

10.- Otros proyectos privados: el Proyecto privado de Sabino Herrero (1872) y

³⁵CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia sucesoria secreta" (Nota anterior, en pags. 401 y s.s.).

el Proyecto privado de Navarro Amandi (1880). El primero de ellos, de Sabino HERRERO dividió su Código civil español en partes: lo que llamó Recopilación metódica de las disposiciones vigentes en cinco libros, de los cuales, el tercero era el dedicado a las herencias. Dentro de su título I ("herencia voluntaria"), el capítulo tercero tiene por objeto la "institución hereditaria". Ahí se incardinan tanto el 665, que afirma que "no puede delegarse la institución de heredero", como el régimen de las sustituciones. Para definir la sustitución fideicomisaria se limita a transcribir la P. 6.5.14. Pero lo más interesante es que en la nota que realiza a esta definición vierte las siguientes consideraciones: La ley 14, tít. 5º, P. 6º prohíbe que la designación del heredero fideicomisario sea confidencial; y la práctica y la jurisprudencia tienen autorizado que esta designación se haga, ora en cédulas ó papeles reservados, ora al mismo heredero fiduciario (sentencia de 26 junio de 1862). Así pues incluye normas sobre la mejora y fiducia sucesoria, pero no precisa analizar la facultad de hacerla o la delegación entre cónyuges, ni siquiera parecida a la que estudiamos, puesto que considera otros medios más habilitantes para este fin.

El segundo de ellos, Proyecto privado de Navarro Amandi (1880), fue publicado por entregas en lo que se denominó *Código civil de España*. (NAVARRO AMANDI³⁶). En 1880 se publicó en dos volúmenes y fue una obra de habitual uso entre los juristas y los prácticos. En ella sigue básicamente el texto y principios del Proyecto de 1851, indicando el origen de las leyes vigentes que recoge en forma articulada, además de hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época y algunas concordancias con Códigos extranjeros; y concluye la explicación de cada capítulo con un comentario doctrinal sobre lo que debería ser el Derecho común unificado. Incluye la idea de las disposiciones testamentarias con encargos secretos en sede de las sustituciones fideicomisarias. No les dedica ningún artículo concreto o referencia directa en alguna. Sin embargo, al explicar su art. 957, el cual define la sustitución fideicomisaria, cuyo origen sitúa en P. 6.5.14 y en la ley de 27 septiembre 1820, sí hace referencia directa a estas disposiciones. Transcribe, en primer lugar, todas las sentencias y reglas jurisprudenciales que acabamos de ver señaladas en la obra de SANCHEZ DE MOLINA (SSTS. 26 junio 1862, 14 marzo 1866, 3 octubre 1866, 27

³⁶NAVARRO AMANDI, M. Con la colaboración de Ilustrados Jurisconsultos y prólogo de Eugenio Montero Ríos. "Código civil de España". Editor Juan Vidal. (Pág. 492 a 504).

septiembre 1868, 8 mayo 1871). Para CAMARA LAPUENTE³⁷, “puede nuevamente resultar curiosa la inclusión de esta jurisprudencia inmediatamente después de un artículo dedicado a la sustitución fideicomisaria, en lugar de aportar primero la relativa directamente a ese instituto”. La razón estribaba en que existía desconfianza de este y otros juristas a incluir instituciones plenamente vigentes pero que no gozaban del favor de los juristas encargados de la codificación. En los comentarios al artículo 957 se expone que los fideicomisos de cualquier clase, ya sean hechos en forma expresa o tácita, valdrán en cuanto no estén prohibidos por las leyes; y refiere esta prohibición a la capacidad de los instituidos o a la naturaleza misma del fideicomiso; respecto a lo segundo, alude a los proscritos mayorazgos. En cuanto a lo primero, según sus palabras, “es evidente que, así el fiduciario como el fideicomisario, han de tener capacidad para adquirir por testamento, debiendo advertir que este último no es preciso designarlo en el testamento, sino que puede referirse el testador á instrucciones reservadas, notas ó papeles pertinentes al caso”; y hace una salvedad: “pero entonces no podrá ser fiduciario el confesor de la última enfermedad, sobre todo si hay motivos para suponer que el encargo secreto dado á éste consiste en emplear el producto de los bienes en misas u otras atenciones privadas”. Respecto a la facultad de mejorar y distribuir, nada se recoge en este texto parecido a la norma que nos ocupa (ALVAREZ VIGARAY³⁸).

11.- Anteproyecto de 1881-1888³⁹. En el Anteproyecto se recogió el precepto en el

³⁷CÁMARA LAPUENTE, S. “La fiducia sucesoria secreta”. (Nota anterior) (Pág. 400 y s.s.).

³⁸ALVAREZ VIGARAY, R. “El sistema de Derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español”. (Op. en nota anterior) (Pág. 378 y s.s.).

³⁹El Anteproyecto fue la culminación del esfuerzo de muchos años. Había comenzado con la elaboración del Proyecto de 1851 que era, como hemos visto, la base sobre la que había de trabajarse en la nueva etapa codificadora, mera continuación de los trabajos llevados entonces a cabo. Esta última etapa comienza con la elaboración del Proyecto de 1882 pues el título preliminar y los dos primeros Libros del *Anteproyecto* coinciden con el mismo. Relata PEÑA³⁹ detalladamente, la sucesión cronológica de los momentos como se desarrolló la elaboración del Anteproyecto. El Proyecto de 1882, tras evitar la oposición de los foralistas por el Real Decreto de Bugallal de 2 de febrero de 1880, y se reanudaron los trabajos de redacción del Código Civil. Exactamente los trabajos comenzaron en 18 marzo 1881, con la sesión de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación presidida por Alonso Martínez, entonces, también, desde el mes de febrero Ministro de Gracia y Justicia. Las sesiones del año se dedicaron a discutir y redactar el título preliminar y el Libro I, quedando comenzado el Libro II, y también se dedicaron algunas sesiones a las 17 bases propuestas por Alonso Martínez. El 24 de abril de 1882, tras la poca acogida que había tenido el Proyecto de Bases presentado en 22 de octubre de 1881, decidió Alonso Martínez presentar a las Cortes el título preliminar y los dos libros primeros completos.

La redacción del Proyecto de 1882, se debió, en general, a la Sección de lo civil, y en algún punto se tuvo en cuenta la información de los notables jurisconsultos a quienes convocó la Comisión del Senado encargada de dictaminar sobre el Proyecto de Bases presentado por Alonso Martínez.

Estos Libros se dieron por terminados desde entonces y los esfuerzos ulteriores se concentraron principalmente en la redacción de los Libros III y IV. Así aparece en los acuerdos por los que se promueve la redacción de estos últimos libros, y así resulta también de las mismas afirmaciones hechas en la discusión parlamentaria del Código Civil.

La coincidencia del Proyecto de 1882 con la primera parte del Anteproyecto quedó demostrada con la comparación de los textos respectivos. El Libro I (precedido del *Título Preliminar*), de los dos que integraron el Proyecto de 1882, coincidió con el contenido del primer fascículo del Anteproyecto, y el Libro II con el del segundo fascículo. Se trataba de fascículos que estaban impresos con las mismas características que los Libros III y IV. El número del artículo inicial del Libro III del Anteproyecto es el siguiente al final del Libro II del Proyecto de 1882. Las citas que los Libros III y IV del Anteproyecto hacía que los artículos de los Libros I y II coincidiesen con los artículos respectivos del Proyecto de 1882.

Los Libros III y IV no aparecían como tales en la Exposición a las Cortes del Proyecto de 1882, donde se preveía tan solo la redacción de un único Libro más, el III, siguiendo en esto al Proyecto de 1951. Pero en seguida, y probablemente por influencia de Benito Gutiérrez que tanto influyó en el plan, tan censurado después, del Anteproyecto, se comienza a pensar en dos libros más, el III y el IV.

Por Real Decreto de 23 de septiembre de 1882 se estableció el sistema para la redacción de estos últimos libros.

Poco después, desde el 14 de octubre al 27 de noviembre de 1882, tienen lugar las veintisiete solemnes sesiones del pleno de la Comisión de Códigos. A ellas habían sido convocados, por el ministro Alonso Martínez, los vocales que, en representación de las regiones forales, se agregaron a la Comisión en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y los cuales ya habían redactado las memorias sobre las más importantes instituciones forales respectivas, y, también, los cuatro senadores y cuatro diputados incorporados a la misma, entonces, con carácter de vocales. Se trataba de discutir con los representantes forales «hasta qué punto podrían transigirse con ellos las diferencias», pues en la materia de sucesiones y contratos, «es donde el particularismo opone fuertes obstáculos a la unidad legislativa de nuestra patria». El cuestionario de las deliberaciones fue formulado por los representantes forales que asistieron a las sesiones, aceptando la hábil invitación de Alonso Martínez. Y las deliberaciones y acuerdos nos son bastante bien conocidos.

En la época de estas deliberaciones debía de estar ya muy avanzada la redacción del Libro III. Apenas terminadas las solemnes sesiones del pleno de la Comisión de Códigos hubo cambio de ministro y los trabajos de redacción del Código Civil fueron suspendidos. Estos trabajos siguieron suspendidos hasta que, a principios de 1884, Francisco Silvela fue nombrado para la cartera de Gracia y Justicia. Bajo su mandato el ritmo de los trabajos fue muy intenso.

En 29 de febrero dirigía el nuevo ministro una comunicación al presidente de la Sección 1.ª leída en el Pleno que celebró la Comisión el 7 de marzo y en la cual, según el acta de la sesión, se decía que «para terminar los trabajos del Proyecto del Código Civil, cuyos Libros I y II fueron ya presentados a las Cortes, es la voluntad de S. M. que la Sección proceda a redactar el III y IV, bien sea subdividiéndose para formar simultáneamente ambos libros, bien haciéndolos sucesivamente toda ella reunida, lo cual dejaba al arbitrio de su presidente, expresando su deseo de que el Código Civil pueda presentarse completo a las Cortes en alguna de las sesiones de este año».

La Sección de lo civil se subdividió, en efecto, en la misma reunión de 7 de marzo, en dos subcomisiones presididas ambas por su presidente. El trabajo se dividió por ponencias entre los distintos miembros de la Sección. En 12 de diciembre de 1884 se repartió el Libro III a los vocales de la Comisión, urgiéndoles Alonso Martínez reiteradamente a que remitieran las observaciones que tal Libro les sugiriera.

En 7 de enero de 1885 Francisco Silvela presenta a las Cortes no el Proyecto de Código *completo* sino un nuevo Proyecto de Ley de Bases. En su Preámbulo manifestaba cuál era el carácter de los trabajos que se estaban llevando a cabo: se trata ahora de «una sencilla continuación» de los trabajos de codificación de 1881 y 1882.

En otoño de 1885, según el testimonio de Isasa, en la idea del foro estaba que el Código podría publicarse en 1886.

Después de la muerte de Alfonso XII en 1885, los conservadores dejaron el gobierno a los liberales. Nombrado nuevamente ministro Alonso Martínez, en sustitución de Silvela, continuaron los trabajos de redacción del Anteproyecto, a la vez que en las Cortes seguía su tramitación la aprobación del Proyecto de Ley de Bases presentado por Silvela. Los tres cuadernos que integraban el Libro IV, se elaboraron en etapas sucesivas según acreditan diversos datos perfectamente conocidos, y probablemente a finales de 1887 estaba terminada la redacción del Anteproyecto excepto quizá el título de la *Hipoteca* (véase *infra*, V-C-2-c). En todo caso el *Anteproyecto* estaba terminado en 30 de abril de 1888, pues por RO de esta fecha disponía el Ministro de Gracia y Justicia que los individuos de la Comisión de Códigos remitieran sus observaciones a todos los libros de aquél redactados por la Sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos.

artículo 816 con una redacción semejante a la que posteriormente apareció en el texto de 1889: << *No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no hubiere repetido matrimonio, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado* >>. En el texto primigenio de este Anteproyecto, existían los mismos parámetros que en el del Proyecto de 1851, pero con algunas variantes; se sustituye el comienzo del precepto “sin embargo” por el más jurídico de “no obstante”; y se hacen algunas adaptaciones de carácter más literario para modernizar el lenguaje empleado, que era procedente de los Fueros, adaptándolo al de las modernas codificaciones: “haya” sustituyó el “ha”, y “las legítimas” por “su legítima”; y el término de “difunto” fue cambiado por el de “finado”, de corte más moderno.

12.- El Código Civil de 1889. En la redacción originaria de este texto, aparecía con su nueva y definitiva numeración, que ha durado prácticamente un siglo, hasta la reforma de 13 de mayo de 1981; se le asigna el artículo 831, cuyo texto original hasta la reforma citada de 1981 era el siguiente: << *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar con ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado* >>. Como se puede observar, solo se han producido respecto al texto del Anteproyecto, algunas y someras modificaciones de adaptación del texto al sistema del Código civil (ya no comenzaba el precepto como excepción a los dos anteriores artículos, sino tan solo al anterior, producto de la fusión de aquellos); se sustituyó “repetido matrimonio” por “no haya contraído nuevas nupcias”, dado que la primera terminología era anticuada, como procedente del Fuero Juzgo. Pero se mantuvieron las esencias del texto del anteproyecto, esto es, la de las facultades de distribuir y mejorar a su prudente arbitrio, la exigencia de que lo fuere a favor de hijos comunes, la no celebración de las segundas nupcias como requisito de fiducia, y sobre todo, el respeto profundo por las legítimas y mejoras hechas en vida por el causante.

El contenido que incitaba este artículo 831, respondía a una fiducia sucesoria “descafeinada” para dar cabida en el Código civil a algunas de las instituciones de los territorios forales como consecuencia de la no incorporación al texto de los Apéndices

Forales.

Para CASTAN TOBEÑAS⁴⁰ es una figura equiparable a los pactos sucesorios; en esta línea GARCIA GRANERO⁴¹, si bien entiende que no debe ser confundido con la sucesión contractual, que responde a unas formas de pactos hechas a través del testamento o de los heredamientos; piénsese que en la redacción originaria de 1889 solo cabía hacer la concesión de la facultad de distribuir y mejorar, a través de las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, LACRUZ⁴² lo considera como una auténtica fiducia, que << se realiza en capítulos, pero no es contractual en sentido estricto, esto es, se supone una transmisión vinculante de la facultad de distribuir y mejorar, por cuanto el delegante sigue pudiendo disponer a su arbitrio >>. En definitiva, suponía una “delegación de la facultad de disponer mortis causa, que tampoco podías confundirse con el poder testatorio” (ALBALADEJO⁴³). Y esto es así, no solo porque el cónyuge supérstite pueda ejercerla por actos inter vivos, sino también porque en absoluto testa por el premuerto, aunque ejerza algunas facultades por el delegadas (GARRIDO DE PALMA⁴⁴). En definitiva, nos encontramos ante una auténtica “fiducia limitada”, resto de las regulaciones históricas que hemos venido analizando hasta ahora. Lo resumió SECO CARO⁴⁵ como el “conferimiento de la facultad de distribuir la herencia”, de la misma forma que la que tendría el propio causante, si bien ejercida en virtud de esa delegación, por el viudo o viuda.

Resume VALLET DE GOYTISOLO⁴⁶, que entre los comentaristas del artículo 831 CC, se diversificaron las orientaciones del precepto. Por un lado, quienes intentaron orientar una interpretación unidimensionalmente en un único sentido, tal como el de la distribución o la mejora; por otro lado, la de los que analizan el precepto partiendo de su contraposición con una serie de preceptos del mismo Código, tratando de armonizar su interpretación con otros. Así, por ejemplo, rompe frontalmente con el artículo 1271, párrafo segundo, que prohíbe los contratos sobre la herencia futura, excepto la división

⁴⁰CASTÁN TOBEÑAS, J. “Derecho Civil” (numerosas ediciones desde 1939) I a IV (Pág. 52).

⁴¹GARCÍA GRANERO, J. “artículo 831” (Revista de Derecho Privado, 1949) (Pág. 815).

⁴²LACRUZ BERDEJO, J. L. “Sucesiones II” (Pág. 68) (Varias ediciones).

⁴³ALBALADEJO GARCÍA, M. “Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones” (9ª Edición) Edisofer, S.L., 2008. ISBN 9788496261570.

⁴⁴GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil” (en nota anterior). (Pág. 388).

⁴⁵SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo” (en nota anterior) (Pág. 168 y s.s.).

⁴⁶VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel de Albaladejo. Tomo XI, Editorial R.D.P. Edersa 1982. ISBN 84-7130-360-4. ISBN 84-7130-216-0 (Pág. 405).

del caudal inter vivos conforme el artículo 1056. Pero lo cierto es, que a pesar de esa contraposición, la redacción posterior (año 2003) del 831 ha dado la razón a quienes entendieron (RUEDA ESTEBAN⁴⁷) que la nueva norma no solo ha conferido los mismos efectos prácticos que el artículo 1056, sino que, ha superado con creces, las posibilidades de la delegación del causante en un cónyuge, incorporando al sistema de Derecho civil común una auténtica fiducia sucesoria, lo que no ocurría antes de la moderna reforma de 2003, período de tiempo durante el cual, el artículo 831 se había mantenido “aletargado o dormido”. (GARRIDO DE PALMA⁴⁸).

También supone una excepción al personalismo exigido por el artículo 670 CC, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo o en parte al arbitrio de un tercero o de hacerlo por medio de comisario o mandatario; la de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y la de determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente;

En principio, el artículo 831 CC surge como una excepción (no obstante lo dispuesto en el artículo anterior) al que le precede, el 830 CC, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Se trata de la regla general que tiene su excepción en el precepto que le sigue en orden. También es una excepción, aunque relativa, el 1.057 CC en su párrafo primero, que sólo permite al testador encomendar, por acto *inter vivos o mortis causa*, «la simple facultad de hacer la partición» a cualquier persona «que no sea uno de los coherederos»; se trataba de una reiteración de esta prohibición, puesto que se concedía solo esta facultad de distribuir mediante capitulaciones matrimoniales, que como veremos era el único medio de hacerlo, lo que unido a la normativa de la época, por la que no se podían otorgar los capítulos sino antes de la celebración del matrimonio, hacía que el precepto fuese de aplicación casi inocua. Por último, para los casos de ser recíproca la delegación, el artículo 669 CC, que prohíbe el testamento mancomunado; mediante esta fórmula a través de las capitulaciones matrimoniales, se podían conferir efectos semejantes a esa forma testamentaria y prohibida por el Código, si bien, nos encontrábamos con una forma de disposición mortis causa que no era revocable (en virtud del hermetismo de los capítulos) y por lo tanto, anacrónica y excepcional en el texto de 1889.

⁴⁷RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (página 158).

⁴⁸GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial...” (en nota anterior) (Págs.373 y 388).

Siguiendo a VALLET⁴⁹, el contenido autorizado por el artículo 831 CC es en sí mismo muy complejo; por lo cual conviene “examinarlo panorámica y dinámicamente, desde la génesis del pacto hasta el ejercicio de las facultades conferidas”. Así vemos que requiere, como acto genético una disposición testamentaria o un pacto en capitulaciones matrimoniales relativos a la *sucesión* del cónyuge que premuera; y por otra parte, su contenido es *fiduciario*, pues consiste en una *delegación* que abarca por una parte la posibilidad de *mejorar*, es decir, de designar las porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes; y por otra, la de *distribuir*, con el *prudente arbitrio* del propio delegado, *los bienes del difunto*, implicando este segundo aspecto un poder particional más amplio que el conferido al contador partidor conforme al artículo 1057 CC.

Se había subrayado, también, su carácter de disposición «*anómala y extraña*», «*cuerpo extraño*» introducido en el Código civil; que, por consiguiente, debe ser objeto de *interpretación restrictiva* y «*excepcional*»; y, también, su analogía con las instituciones forales —de las que, según GARCÍA GOYENA⁵⁰, se tomó— de la fiducia sucesoria y la fiducia colectiva aragonesa (arts. 110 a 118 Comp. Aragón), del distribuidor en el Derecho balear (arts. 18 y ss. Comp. Baleares), de la facultad de designar y distribuir conferida al cónyuge supérstite en Derecho catalán (art. 115 Compilación Catalana entonces y recogido hoy en el Código de Sucesiones por causa de la muerte en Cataluña en el artículo 424.1), de la fiducia sucesoria y la de los fiduciarios-comisarios navarros (leyes 151 y 281 a 288, Fuero Recopilado de Navarra) y del comisario vizcaíno (arts. 15 y ss. Comp. Vizcaya); y se ha indicado la posibilidad —que creo certera— de «resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias, interpretando el 831, y en su caso integrándolo, por medio de la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a dichas instituciones forales».

13.- Panorama tras la gran Reforma de 2 de mayo de 1975. No se produjo ni una somera modificación del artículo 831 del Código Civil, pero como consecuencia de las reformas en la forma y tiempo de otorgamiento de las Capitulaciones Matrimoniales, la figura que nos ocupa quedó profundamente afectada, porque la sola posibilidad de otorgamiento en cualquier tiempo de los capítulos y su permitida

⁴⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentarios...” (en nota anterior) (Pág. 405).

⁵⁰GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias y Comentarios del Código Civil Español”. Madrid 1852. Imprenta de la Sociedad Tipográfico- Editorial a cargo de F. Arienzo. (Pág. 106-107).

modificación en cualquier tiempo, con la eliminación del tradicional carácter inalterable de los pactos capitulares, abre un nuevo panorama para la delegación de la facultad de distribuir y mejorar.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de Mayo de 1975 establece sus intenciones y principios: << *El tercero de los puntos afectado por la reforma es el relativo a la modificación, constante matrimonio, del régimen económico-matrimonial por voluntad de ambos cónyuges. La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción, es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.*

Las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico-matrimonial, sino que, a veces, incorporan también disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos por otras personas. De aquí que se distingan dos tipos de modificaciones. Por una parte, los cónyuges pueden en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico anterior, sea éste convencional o legal. Para ello se ha exigido el requisito de la mayoría de edad, por ser el dato que proporciona la plena capacidad de obrar. Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por estos en favor de aquéllas. Para que la notificación afecte a tales derechos, será necesario que la consientan los otorgantes, si vivieran todavía. La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento

de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete. La publicidad registral se produce, además, a través, del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida. La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere de ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros>>.

En estos términos, se daba una nueva redacción a gran parte de los artículos del Código Civil que se referían al otorgamiento de las Capitulaciones Matrimoniales⁵¹. Así pues, con la modificación de puntos importantes del Código Civil, y en lo que nos afecta, con la posibilidad, nueva entonces, de hacer capitulaciones tras la celebración

⁵¹Artículo 1. 315. *Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.*

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales»

Artículo 1. 318. *En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las Leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio.*

Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula.

Artículo 1. 319 *Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos.*

Artículo 1. 320. *Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere menor de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318»*

Artículo 1. 321. *Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas o del régimen económico conyugal habrán de constar necesariamente en escritura pública,*

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el artículo 1. 324»

Artículo 1. 392. *En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a lo efectos previstos en la Ley Hipotecaria. La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida. Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros>>*

del matrimonio, surge la aplicación del precepto que hasta entonces había estado dormido (RUEDA ESTEBAN⁵²).

Se pregunta GARRIDO DE PALMA⁵³, si habida cuenta el requisito de Capitulaciones, no sería mejor dejar dormir el precepto. Y a todo esto se une el difícil engarce de una institución como ésta, de naturaleza foral, en el sistema de Derecho Civil Común. (Como veremos al mencionar los preceptos del C.c. de los que hace excepción). Ya afirmaba este autor que era necesario profundizar en ese interrogante y para eso era preciso estudiar lo que el precepto decía y obtener su utilidad dentro del sistema familiar y sucesorio de derecho común ante la realidad social de entonces.

14.- Reforma de 13 de Mayo de 1981. Se da nueva literalidad al artículo 831 CC: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento ó en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas, de las mejoras y demás disposiciones del causante.»*.

«Si no se hubiera señalado plazo, el viudo ó viuda tendrá el de un año contado desde la apertura de la sucesión, ó, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Hace importantes innovaciones con respecto a la redacción anterior: cabe conceder la facultad por testamento, además de mediante capitulaciones matrimoniales, lo que convierte la concesión en algo “unilateral”, (por decisión única del difunto) y por lo tanto igualmente revocable de esa forma (RUEDA ESTEBAN⁵⁴).

Desaparece la condición de que el causante fallezca intestado, lo que hace que la finalidad y fundamento de la norma cambien notablemente. Y se completa con un plazo subsidiario para la realización de esa distribución.

El fundamento y finalidad de la norma se ve afectada: ya no tiene sentido entender que la facultad quiera evitar la distribución de los bienes con arreglo a criterios estrictos

⁵²RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (página 158).

⁵³GARRIDO DE PALMA, V.M. “El Notario...” (en nota anterior). En su estudio (el Notario ante el artículo 831 del Código Civil, Revista de Derecho Notarial año 1.975, y posteriormente recogido en 1.976-77 por publicación del Consejo de Estudios de Derecho Navarro): «... si habría que pensar en que abierta la posibilidad de aplicar el 831 por las Capitulaciones Matrimoniales durante el matrimonio, mejor sería dejarlo como estaba, en estado yacente, dormido ó en un letargo de casi un siglo ya...». En “Visión notarial del...” (En nota anterior, pag 367).

⁵⁴RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831...” (en nota anterior, pag 166).

de sucesión abintestato; cobra importancia el fin de la partición integrada de todo el patrimonio familiar, y sobre todo del empresarial, con mejora del hijo colaborador en el establecimiento mercantil ó explotación agrícola ó industrial.

Como recoge GARRIDO DE PALMA⁵⁵, con palabras de Alpañés, en su estudio del precepto, y que nos sirve para la redacción del año 1.981: «... constituye un poderoso instrumento en manos del viudo ó viuda para conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familia labradora ó industrial se desenvuelve ... el fraccionamiento de los caseríos es un peligro que hay que evitar ... cuya solución requiere y presupone un perfecto conocimiento de las circunstancias personales de los hijos ... el 831 concede al cónyuge viudo facultad para asegurar la elección adecuada ... en su mano queda la posibilidad de aceptar plenamente».

En ese sentido SECO CARO⁵⁶: “... puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar...”...“quedar fortalecido el poder familiar y posición del cónyuge viudo en relación con los hijos... y evitar en muchos casos la intervención judicial en los problemas de distribución de herencia”.

Como se puede observar, el precepto, en su redacción inmediatamente anterior a la que hoy nos ocupa y estudiaremos, era substancialmente distinto, tanto por su génesis, que en la redacción actual es el testamento exclusivamente, mientras que en la redacción de 13 de mayo de 1981, podía realizarse tanto en capitulaciones matrimoniales como por disposición testamentaria, lo que hacía de la institución una figura híbrida entre las disposiciones sucesorias y los pactos sucesorios, como en las facultades y posibilidades del cónyuge viudo, que como veremos en capítulos sucesivos, presentan diferencias apreciables entre lo que era y es el precepto.

La naturaleza del artículo 831 CC había sido enfocada (VALLET DE GOYTISOLO⁵⁷) como diversas figuras y posibilidades: un pacto sucesorio que no debe

⁵⁵GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial...” (en nota anterior, pag. 389).

⁵⁶SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (Pág. 273 y s.s. y en especial la 115).

⁵⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario...” (Nota anterior). (pag. 408). Recoge VALLET, que <<Al comentar el artículo 830, hemos visto que la Sentencia de 31 enero 1899, en uno de sus considerandos, valoró que estaba «inspirada en el espíritu o razón filosófica del artículo 831» la cláusula testamentaria en la que el causante establecía una mejora del tercio a favor de aquel de sus nietos, hijo de una de sus hijas, que con el consentimiento paterno se casara y quedase en la casa patriarcal. Sin embargo, esta alusión analógica, para un supuesto que conforme al texto originario del artículo 831 realmente no estaba incluido en la prohibición del artículo 830, no fue sino un *obiter dicta* que buscó ese respaldo finalista, o sin hacer realmente aplicación del artículo 831 en un supuesto que, entonces, se hallaba evidentemente fuera de él, dada la claridad literal con .que esta norma establecía su excepción a la

confundirse totalmente con la sucesión contractual (aunque hoy también puede ordenarse en testamento conforme la nueva redacción de artículo); una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, que tampoco debe confundirse con “el conferimiento de un poder testatorio”, no sólo porque el cónyuge supérstite puede ejercerla por acto entre vivos, sino porque no testa por el premuerto aunque ejerza facultades por él delegadas; como la concesión de la facultad de distribuir la herencia, semejante a la que tendría el propio causante.

El mismo VALLET opinaba, que este artículo era una excepción de otros preceptos del mismo Código, citándose los siguientes: el 1.271 CC, párrafo 2, prohibitivo de los contratos sobre la herencia futura excepto la división entre vivos de un caudal conforme al artículo 1.056 CC; el 670 CC, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo o en parte al arbitrio de un tercero o de hacerlo por medio de comisario o mandatario, la de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y la de determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente en definitiva el personalismo del testamento; en segundo lugar, el artículo que le precede, el 830 CC, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; el 1.057 CC, que sólo permite al testador encomendar, por acto *inter vivos o mortis causa*, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos; y si se trata de mutua o recíproca delegación, el artículo 669 que prohíbe el testamento mancomunado. Todas estas divergencias las trataremos posteriormente.

Como ya se ha expuesto, el contenido autorizado por el artículo 831 CC era complejo; por lo cual convenía examinarlo “panorámica y dinámicamente”, desde la génesis del pacto hasta el ejercicio de las facultades conferidas. Así pues, siguiendo a VALLET⁵⁸, se requería con esta redacción, como acto “genético”, una disposición testamentaria o un pacto en capitulaciones matrimoniales relativos a la *sucesión* del cónyuge que premuriese; su contenido era indudablemente *fiduciario*, pues consistía en una *delegación* que comprendía: la posibilidad de *mejorar*, es decir, de designar las porciones desiguales en que habían de suceder los hijos comunes; y la de *distribuir*, con el *prudente arbitrio* del propio delegado, *los bienes del difunto*, implicando este

prohibición de delegar la facultad de mejorar si era pactada en capitulaciones matrimoniales la delegación de dicha facultad. De *lege lata*, no era posible una interpretación tan evidentemente extensiva de un precepto singular. Pero, hoy, con el nuevo texto del artículo 831, versión 1981, el citado *obiter dicta* de la Sentencia 31 enero 1899 resulta conforme tanto a su letra como a su espíritu >>.

⁵⁸VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentario...” (en nota anterior, pag 409)

segundo aspecto un poder particional más amplio que el conferido al contador partididor conforme al artículo 1.057 CC.

Además, conforme este artículo 831 CC, el pacto regulado *podría ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales*. Es decir, un pacto, relativo a la sucesión del cónyuge que premuriese, que podría concederse o pactarse en capitulaciones matrimoniales, como ocurría con otros de los supuestos excepciones en que el Código se configuraban con cierto sentido contractual (por ejemplo, los artículos 826, 827, 1.331).

Ya hemos comentado, que la facultad prevista en el artículo 831 CC se confería en capitulaciones matrimoniales «*antes de celebrarse el matrimonio*». Pero esta afirmación antes de la reforma de 1975 no era sino una tautología, (VALLET⁵⁹) puesto que, hasta dicha fecha, las capitulaciones matrimoniales solamente podían otorgarse antes de contraer matrimonio. Tras la reforma de 13 de mayo de 1981, se pudieron concertar (art. 1.326 CC) y modificar (art. 1.325 en relación con el 1.326 CC), no antes, sino también después de contraído; y, por consiguiente, se planteó si este pacto del 831 CC podría otorgarse también en capitulaciones matrimoniales concertadas después de celebrado el matrimonio. Para la doctrina más autorizada (VALLET DE GOYTISOLO⁶⁰) no había ningún inconveniente en ello, y no solo esto, sino que se debería admitir, porque la convención de este pacto después de contraído el matrimonio no sólo seguía respondiendo a las mismas finalidades por las que había sido autorizado, sino que, además, los cónyuges tenían mayor conocimiento, no sólo recíproco, sino también de las circunstancias concretas que aconsejaron establecerlo. Se analizó por la doctrina mencionada si, para la validez del pacto, ambos cónyuges habían de conferirse recíprocamente la facultad de mejorar y distribuir" o bien si también es posible que se concediese sólo a uno de los dos para caso de que sea el supérstite. También se planteaba la doctrina si el pacto era o no revocable. Antes de la reforma de 1975 el pacto era irrevocable por situaciones fácticas, sin perjuicio de que, dado el presupuesto de que para la validez de la delegación el cónyuge premuerto debía fallecer intestado, el otorgamiento por éste del testamento privaba a la delegación de la base en que se apoyaba. Por eso tenía tan poca aplicación práctica. Pero, al posibilitar el artículo 1.320 CC, en su texto de 2 de mayo de 1975, la modificación de las capitulaciones matrimoniales después de

⁵⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Comentario..." (en nota anterior). (pag. 410).

⁶⁰VALLET DE GOYTISOLO, J.B. "Comentarios..." (en nota anterior, pag 411 y s.s.).

contraído el matrimonio, actuando de común acuerdo los cónyuges —y, si éstos fueren menores de edad, con la asistencia prevista en el artículo 1.318 CC, resultó indudable la posibilidad de revocar o modificar esa delegación, pero sin que cupiera de modo alguno la revocación unilateral de ese pacto en su aspecto preventivo.

Tras la reforma de 1981, sin duda era revocable la delegación conferida en testamento y, también lo era la pactada en capitulaciones matrimoniales si eran revocadas de común acuerdo, pero no unilateralmente. Aunque, para VALLET⁶¹, cualquiera de los cónyuges, de hecho, podría dejarlo sin efectividad mediante disposiciones por las que directamente mejorase o distribuyese sus bienes. Todo este panorama, como veremos, con la reforma de 2003, es historia.

CONCLUSIONES

1.-El proyecto de 1821 no contenía manifestación alguna ni de signo prohibitivo ni permisivo sobre estas ni sobre casi nada de lo relativo al Derecho de sucesiones.

2.-En la Real orden de 22 diciembre 1831, se hace una regulación “sobre el derecho gradual de herencias que han de pagar los fideicomisos y patrimonios temporales eclesiásticos”. En la época de su publicación, no existían orientaciones legislativas de Derecho sustantivo sobre la fiducia sucesoria, ni habían comenzado los autores a debatir su conveniencia, pero esta Real Orden de 1831 venía a reconocer implícitamente la existencia y validez general de tal institución por medio de su tratamiento en tema fiscal.

3.- El Proyecto de Gorosábel. Solo se refiere a las fiducias en sede de institución de herederos y no entre las sustituciones fideicomisarias; por lo que se desmarca ya una institución independiente que es el germen de la fiducia sucesoria, que posteriormente se implantó muy bien entre las legislaciones forales y no tanto en el Derecho común.

4.- Proyecto oficial de 1836. Aparece por vez primera en un proyecto de legislación civil la prohibición de la idea fideicomisaria, por reflejo de la legislación de desvinculación de patrimonios, que se lleva por delante también otro tipo de distribuciones de la herencia, como por ejemplo la fiducia sucesoria que nos ocupa. Responde a la época y admiración e imitación del Código francés. En consecuencia,

⁶¹VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios...” (en nota anterior, pag 411 y s.s.).

también parece que deberá entenderse incluida en la prohibición, la práctica del heredero fiduciario con instrucciones reservadas y confidenciales, que llega mucho más allá de nuestra figura, debido a la radicalidad del precepto.

5.- El Proyecto de Código Civil de 1851 recoge la prohibición general de los fideicomisos. Sigue una visión política de la época, la de la evitación de las manos muertas, y prueba de ello es que en la Base 23, se establecía la prohibición sin excepciones de que las manos muertas adquiriesen bienes inmuebles. Responde a la influencia del Código de Napoleón. El artículo 663 del Proyecto de 1851, introducía una forma de fiducia sucesoria entre cónyuges, habida cuenta que, no se admitía la delegación para testar, ni mucho menos las fiducias sucesorias secretas. Todas estas figuras habían sido expulsadas del texto del Proyecto en aras de una defensa a ultranza del carácter personal del testamento.

6.- La Ley Hipotecaria de 1861. Tras el Proyecto de Código civil de 1851 hay ya dos figuras distintas: por un lado la herencia de confianza o la fiducia para aplicar la herencia conforme las instrucciones reservadas transmitidas por el testador a su heredero fiduciario –que se proscriben como hemos visto en el texto del Proyecto de 1851- y por otro lado la facultad de distribuir y mejorar concedida al cónyuge que se innova e introduce en el texto a través del analizado artículo 663 para dar satisfacción a los foralistas mediante la inclusión en el texto unificado de Código civil, de una figura tan propia de los territorios forales como esta facultad de distribuir, que resultaba un guiño, mediante la incorporación al sistema de Derecho civil común de una figura semejante a la fiducia sucesoria aragonesa; así pues, se permitía la inscripción en el Registro de la Propiedad de “los actos o contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro, o de invertir su importe en objetos determinados”. Era una garantía muy superior a la que precisaba un distribuidor con facultad de mejorar, pero evidentemente no pensaba el legislador en este, sino en una fiducia más plena, como por ejemplo la herencia de confianza; puesto que no había prosperado el Proyecto de 1851, esto significó que cabía un cambio en la mentalidad del legislador decimonónico. Y, además, recalca que la inscripción de los fideicomisos se haría a favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona a quien hayan de pasar los bienes a derechos sujetos a inscripción.- Si hiciere la aquella declaración, se verificará la inscripción desde luego a nombre del fideicomisario.

7.- Anteproyecto de 1881-1882. En el texto primigenio de este Anteproyecto, existían los mismos parámetros que en el del Proyecto de 1851, pero con algunas variantes. Se recogió el precepto en el artículo 816 con una redacción semejante a la que posteriormente apareció en el texto de 1889: << *No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no hubiere repetido matrimonio, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado* >>.

8.- Código Civil de 1889. En principio, el artículo 831 CC surge como una excepción (no obstante lo dispuesto en el artículo anterior) al que le precede, el 830 CC, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Se trata de la regla general que tiene su excepción en el precepto que le sigue en orden. También es una excepción, aunque relativa, el 1.057 CC en su párrafo primero, que sólo permite al testador encomendar, por acto *inter vivos o mortis causa*, «la simple facultad de hacer la partición» a cualquier persona «que no sea uno de los coherederos»; se trataba de una reiteración de esta prohibición, puesto que se concedía solo esta facultad de distribuir mediante capitulaciones matrimoniales, que como veremos era el único medio de hacerlo, lo que unido a la normativa de la época, por la que no se podían otorgarlos capítulos sino antes de la celebración del matrimonio, hacía que el precepto fuese de aplicación casi inocua. Por último, para los casos de ser recíproca la delegación, el artículo 669 CC, que prohíbe el testamento mancomunado; mediante esta fórmula a través de las capitulaciones matrimoniales, se podían conferir efectos semejantes a esa forma testamentaria y prohibida por el Código, si bien, nos encontrábamos con una forma de disposición mortis causa que no era revocable (en virtud del hermetismo de los capítulos) y por lo tanto, anacrónica y excepcional en el texto de 1889.

9.- Panorama tras la Reforma de 2 de mayo de 1975. No se produjo ni una somera modificación del artículo 831 del Código Civil, pero como consecuencia de las reformas en la forma y tiempo de otorgamiento de las Capitulaciones Matrimoniales, la figura que nos ocupa quedó profundamente afectada, porque la sola posibilidad de otorgamiento de los capítulos y su permitida modificación en cualquier tiempo, con la eliminación del tradicional carácter inalterable de los pactos capitulares, abre un nuevo panorama para la delegación de la facultad de distribuir y mejorar.

10.- Reforma de 13 de Mayo de 1981. Hace importantes innovaciones con respecto a la redacción anterior: cabe conceder la facultad por testamento, además de mediante capitulaciones matrimoniales, lo que convierte la concesión en algo “unilateral”, (por decisión única del difunto) y por lo tanto igualmente revocable de esa forma. Desaparece la condición de que el causante fallezca intestado, lo que hace que la finalidad y fundamento de la norma cambien notablemente. Y se completa con un plazo para la realización de esa distribución. El fundamento y finalidad de la norma se ve afectada: ya no tiene sentido entender, que la facultad quiera evitar la distribución de los bienes con arreglo a criterios estrictos de sucesión abintestato; cobra importancia el fin de la partición integrada de todo el patrimonio familiar, y sobre todo del empresarial, con mejora del hijo colaborador en el establecimiento mercantil o explotación agrícola o industrial.

11.- El precepto, en su redacción de 13 de mayo de 1981, era substancialmente distinto, tanto por su génesis, que en la redacción actual es el testamento exclusivamente, mientras que antes podía realizarse tanto en capitulaciones matrimoniales como por disposición testamentaria, lo que hacía de la institución una figura híbrida entre las disposiciones sucesorias y los pactos sucesorios; como en las facultades y posibilidades del cónyuge viudo, que presentan diferencias apreciables entre lo que era y actualmente es el precepto.

El contenido autorizado por el artículo 831 CC había sido enfocado como diversas figuras y posibilidades: un pacto sucesorio que no debe confundirse totalmente con la sucesión contractual (aunque hoy también puede ordenarse en testamento conforme la nueva redacción de artículo); una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, que tampoco debe confundirse con “el conferimiento de un poder testatorio”, no sólo porque el cónyuge supérstite puede ejercerla por acto entre vivos, sino porque no testa por el premuerto aunque ejerza facultades por él delegadas; como la concesión de la facultad de distribuir la herencia, semejante a la que tendría el propio causante. Por lo tanto, este artículo es una excepción de otros preceptos del mismo Código: el 1.271 CC, párrafo 2, prohibitivo de los contratos sobre la herencia futura excepto la división entre vivos de un caudal conforme al artículo 1.056 CC; el 670 CC, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo o en parte al arbitrio de un tercero o de hacerlo por medio de comisario o mandatario, la de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y la de determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente en definitiva el

personalismo del testamento; el artículo que le precede, el 830 CC, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; el 1.057 CC, que sólo permite al testador encomendar, por acto *inter vivos o mortis causa*, la simple facultad de hacer la *partición* a cualquier persona *que no sea uno de los coherederos*; y si se trata de mutua o recíproca delegación, el artículo 669 CC que prohíbe el testamento mancomunado. En definitiva, el contenido autorizado por el artículo 831 CC era complejo; por lo cual convenía examinarlo “panorámica y dinámicamente”, desde la génesis del pacto hasta el ejercicio de las facultades conferidas.

CAPÍTULO SEXTO (VI). FINALIDAD, NATURALEZA Y CARACTERES DEL ARTÍCULO 831 CC. Y COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA LÉGITIMA.

1.-LA NUEVA FINALIDAD DEL PRECEPTO CON LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE CREACIÓN DE PATRIMONIO PROTEGIDO Y SOBRE PROTECCIÓN DE DISCAPACITADOS Y MODIFICACIÓN DEL CC EN MATERIA DE SUCESIONES Y AUTOTUTELA.

Como hemos estudiado en capítulos anteriores, el artículo 831 CC desde su redacción originaria en 1889, ha sufrido varias modificaciones, buscando los legisladores en cada época unos objetivos diferentes para solucionar los problemas existentes en cada momento. Antes de revisar las finalidades de la redacción actual del 831 CC, vamos a repasar la evolución de las fines del precepto, tal como lo entendieron los autores de cada época.

Así, para GARCÍA GOYENA¹, referido al artículo 663 del Proyecto de 1851, «los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria», y «El amor de padre o madre el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción».

Las finalidades del artículo 831 CC en la redacción originaria del Código civil eran puestas de manifiesto por la doctrina en los términos siguientes: para ALPAÑÉS², «este artículo constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para

¹GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. Madrid 1852. Ediciones reimpresas de Barcelona en 1973 y Zaragoza en 1974. (Pag 107 y s.s., y 506 y 507)

²ALPAÑÉS, E. “La Delegación de la facultad de mejorar”. R.G.L.J., segunda época. Tomo XXVI. Marzo de 1953 (Pág. 273 a 331).

conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familia labradora se desenvuelve. Evita fundamentalmente la igualitaria distribución del llamamiento legal»; para SECO CARO³ mediante el artículo 831 «puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitarse la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar y la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, alcanzar una distribución equitativa de la herencia del difunto sin testamento y evitar en muchos casos la intervención judicial en los problemas de distribución de herencia»; para DÍAZ FUENTES⁴, «Entre los propósitos de este precepto se cuenta el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento en previsión de que el fallecimiento del «*de cuius*» acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»; en definitiva, la finalidad del precepto, está en evitar que se abra la sucesión legal si el difunto no ha dejado testamento. La repartición proporcional de la herencia podría llevar, especialmente en el campo y en la sociedad agrícola de la época, a la disgregación de una finca rústica, que a lo más podía sustentar a uno de los herederos.

En consecuencia, la finalidad del artículo 831 CC redactado por Ley de 13 de mayo de 1981, era, así lo consideramos, evitar abrir la sucesión legal en el momento de la muerte del causante y diferir el reparto de la totalidad de la herencia hasta el momento en que finalizase el plazo que se había concedido al delegado. No se trataba en esa redacción de proteger a incapacitados ni mucho menos de encargar una función semejante a la fiducia sucesoria, sino de apuntar un principio de organización de la partición del patrimonio familiar: en el caso de que el causante no haya dispuesto de todo o parte de su patrimonio, puede conceder al cónyuge supérstite la facultad de distribuir y mejorar los bienes de que no dispuso, pudiendo hacer un reparto desigual de dichos bienes entre los hijos comunes, evitando así el reparto igualitario de la sucesión legal. Por ese reparto desigual que puede hacer el cónyuge supérstite es posible que se pueda conservar en su integridad una explotación agrícola, mercantil,

³SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (pag. 79, 164 y s.s.).

⁴DÍAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII-3. Año 1965 (Pág. 877 y siguientes).

industrial, agropecuaria o empresarial, que recaería sobre aquel de los hijos comunes que, a juicio del cónyuge superviviente, sea el más cualificado para llevarla a cabo. No obstante, también servía al cónyuge viudo, para favorecer al hijo que más lo necesitase por su situación personal o económica. Así pues, se trata de situaciones especiales, por ejemplo, una hija soltera que se ha dedicado a cuidar al cónyuge superviviente y que no trabaja (antes, una señorita de buena familia decimonónica, no trabajaba fuera de casa), un hijo que tiene una familia numerosa y un trabajo mal remunerado, el que tiene una salud endeble, etc. Y en este orden, el viudo con esa facultad se podía ver más atendido por sus hijos que quien no la tenía. Evidentemente también se podía aplicar a las situaciones de un hijo incapacitado o que sin estarlo reunía las condiciones semejantes a la actual discapacidad (porque las familias se suelen resistir a la incapacitación). En definitiva, con este sistema se podía incentivar la actividad del hijo un poco perezoso y haragán, que piensa trabajar poco o no trabajar, o al menos no esforzarse mucho y vivir de la herencia del progenitor fallecido; si no recibe todo en el momento de la apertura de la sucesión, es posible que se vea impelido a un esfuerzo personal que de otra forma no hubiere desarrollado.

En cuanto a la finalidad –además de sus fines originales– que persigue el artículo 831 CC modificado por Ley 41/2003, según su Exposición de Motivos es: «Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad»⁵. Además del objetivo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley, entendemos que la aplicación del artículo 831 CC posibilita también la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola íntegra.

No obstante, la finalidad y origen de la institución de la facultad de mejorar y distribuir contenida en el artículo 831 CC también hay que buscarla en los derechos

⁵Exposición de Motivos, VII, d)

forales. Así se manifestaba GARCÍA GOYENA⁶ al comentar el artículo 663 del Proyecto de 1851.

Si el origen del 831 CC está en el derecho foral, la finalidad que persigue este artículo es la misma que se persigue en Aragón con la fiducia sucesoria para ordenar la sucesión del cónyuge premuerto (anteriormente en los artículos 124 a 148 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesión por Causa de Muerte y actualmente en los artículos 439 y siguientes del Código de Derecho Civil Foral de Aragón en su Libro III); en Baleares con el «distribuidor» (artículo 18 y siguientes del Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears); en Cataluña con la posibilidad de que «el cónyuge instituya heredero al descendiente que su consorte sobreviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes aunque viva su ascendiente o instituirles en las partes iguales o desiguales que el cónyuge sobreviviente estime conveniente» (antes en el artículo 148 de la Ley 407/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña y actualmente en los artículos 424.1 y siguientes del Código de Derecho Civil de Cataluña en su Libro IV, por Ley 10/2008); en Navarra con la fiducia sucesoria dada la amplitud con que la regula la Ley 151 y con el instituto de los fiduciarios-comisarios recogido en las Leyes 281 a 288 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; en Vizcaya con el testamento por comisario y en Guipúzcoa con la ordenación por comisario, recogidos respectivamente en los artículos 32 a 48 y 164 a 171 de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco. Todos estos antecedentes legislativos, ratifican, como veremos más adelante, lo que sostuvo GARRIDO DE PALMA⁷ en sus estudios.

⁶GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios al Proyecto de Código Civil”. (Tomo II- Edición de Madrid en 1852) (Reimpreso y reeditado en Zaragoza 1974) (Pág. 108 y s.s.). «En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente en caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro». «Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados».

⁷GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.D. Notarial 2005(nº 53) RSN nº55 (Pág.368, 386 y 387). Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Murcia 2004 (Pág. 2023 y 2024). Afirmó este autor que hay que resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias interpretando el 831 y en su caso integrándolo por medio de la inducción a los principios generales que se extraen de los que sirven de

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad introduce, como es sabido, reformas de cierta importancia en el Derecho de sucesiones del CC. Una de las más relevantes es la que nos ocupa sin duda, origen de la actual redacción del artículo 831 del CC, sede de la tradicionalmente llamada «delegación de la facultad de mejorar» presente desde la publicación de la versión original del Código. El precepto, que ya había sufrido una primera reforma en 1981, pasa ahora a tener una extensión y una enjundia que, con toda probabilidad, exceden en mucho de su importancia práctica pues, como es de sobra conocido por muchas veces denunciado, en ninguna de sus versiones anteriores se mostró como una institución de gran uso en los territorios de Derecho común y apenas ha tenido repercusión en la jurisprudencia.

La primera curiosidad que cabe advertir sobre la nueva versión de la figura clásica se desprende ya de la Exposición de Motivos de la ley que, abiertamente, estima que la reforma del artículo 831 del CC obedece al objeto de «introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad», cuando lo cierto es que el tenor del artículo se limita a dar nuevo contenido a la tradicional fiducia sucesoria, sin que la finalidad expresada en el preámbulo aparezca de ningún modo reflejada en el texto legal. Probablemente el legislador de 2003, lo único que hizo con el 831 CC respecto a los discapacitados, fue recordar que existe la posibilidad de delegar, y que aunque esa posibilidad sea respecto de todos los hijos comunes, discapacitados o no, puede ser una buena herramienta para favorecer a aquéllos. En esa medida, la Exposición de Motivos no es tan incoherente ya que lo que dice es que es una medida de protección “indirecta”. Percatándose de ello, algunos autores que han comentado esta última reforma del artículo 831 CC tratan de explicar la incoherencia entre la Exposición de Motivos y la norma jurídica. Así, para ROCA GUILLAMÓN⁸, a las funciones tradicionales de la figura consistentes en defender la posición del cónyuge viudo, mantener en vida de éste la paz familiar y, en ocasiones, reequilibrar la posición patrimonial de los hijos, se reconoce una función

fundamento a dichas instituciones forales.

⁸ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil- Ley 41/2003)”. En la obra “Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Tomo II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Universidad de Murcia. (páginas 4279 a 4299, espec. pp. 4283-4284).

añadida, la de servir de instrumento de protección del discapacitado, que en nada implica el cumplimiento de los otros objetivos aunque, como dice, por ejemplo, FLORENSA⁹, esto no representa ninguna novedad, puesto que ya con la redacción anterior tal finalidad podía ser perfectamente cumplida. Por lo tanto, se trata del mero recordatorio de la existencia y la sugerencia de que se utilice. Este último autor apunta una interesante perspectiva de comprensión del precepto cuando señala que el discapacitado que se pretende favorecer con la figura puede ser, precisamente, el cónyuge supérstite destinatario de la fiducia, la cual le puede garantizar una mejor atención en la última etapa de su vida al ser quien va a determinar el destino de su propia herencia cuando llegue el momento, puesto que puede satisfacer con bienes propios la legítima de los hijos comunes para compensar las atribuciones realizadas sobre los bienes del cónyuge difunto.

Por su parte PEREÑA¹⁰, tras señalar que en ningún momento la norma menciona a los discapacitados o a los incapacitados, aventura que quizás lo que pretende el legislador es revitalizar una figura de escasa aplicación. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA¹¹, después de indicar que la reforma se produce «sin beneficio cierto para el incapaz», añade que el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tenga o no algún descendiente incapacitado y se puede utilizar tanto para favorecer al incapaz, como para desfavorecerlo, como para dejarlo como hubiera estado si tal norma no hubiese existido o no hubiese sido modificada, indicando que, probablemente, con la última reforma se ha intentado, además, potenciar el artículo 831 CC. Sin embargo, en opinión de LÓPEZ FRÍAS¹², la nueva redacción del precepto puede significar un medio real de protección para el incapaz.

En la exposición de Motivos de esta Ley, en el apartado IX letra d) ya anuncia la gran modificación y el empleo de la institución que nos ocupa, que había estado

⁹FLORENSA TOMAS, C.E. «La facultad de mejorar...», cit., p. 120. De hecho, con la redacción original del precepto SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 115, recogía, entre las finalidades del artículo lo siguiente: «Una ulterior justificación puede tener base, si se considera que la distribución desigual puede corregir las diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, en la labor humanitaria y equitativa que supondrá la mejora a los hijos más necesitados»; este mismo autor en la p. 140 de la obra citada mencionaba la posibilidad de que la atribución de bienes se haga a favor de los incapacitados, si los hay.

¹⁰PEREÑA VICENTE, M. «El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado». LA LEY 2004. D-41. (pag. 1828-1835, en especial la 1832 y siguiente)

¹¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. «El artículo 831 del Código Civil». Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, fascículo de Julio-Septiembre de 2005. Ministerio de Justicia.(pag. 1116).

¹² LOPEZ FRIAS, M. J., «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», *Protección del patrimonio familiar*, F. J. Sánchez Calero/R. García Pérez, coord., Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2006, (pp. 39-73, espec. p. 47).

dormida durante tantos años. << *Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí...*>>

A raíz de lo contenido en dicha Exposición de Motivos, siguiendo a DIE LAMANA¹³, el Preámbulo de la Ley 41/2003, por lo que se refiere a la reforma del artículo 831 del Código Civil, tiene el objeto claro. Pero el título y nombre que se le ha dado a esta ley se quedan cortos. En la nueva redacción del artículo 831 CC, y a pesar de lo anticipado por el Preámbulo, no se contemplan expresamente en ningún punto a las personas con discapacidad. Se trata pues, de una reforma que beneficiará a muchos progenitores con descendencia común, independientemente de que los descendientes tengan o no discapacidades y del grado de éstas, en su caso. Pero no todo es criticable en esta nueva redacción. Para DIE LAMANA¹⁴, lo positivo de esta reforma del 831 CC es que, aunque sea puntual y sólo para progenitores con descendientes comunes, reduce de forma considerable las limitaciones legitimarias del Código Civil que a su juicio no responden a la realidad social actual, son injustificadas o al menos excesivas en su cuantía y contienen instituciones totalmente obsoletas, como son las reservas hereditarias y la colación. Opinión que no comparto en absoluto, especialmente respecto de las instituciones de la colación y las reservas, que están bien vivas en el derecho moderno. Si bien más adelante volveremos sobre este punto (capítulo XI). Y como consecuencia de la intención del legislador, se da una nueva redacción, más moderna, al precepto que nos ocupa:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades

¹³DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo Nº 32-Abril 2012. (publicado en la web de “Seminario Carlos Hernández Crespo”)

¹⁴ DIE LAMANA, J. “El artículo...” (en nota anterior).

al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión ó en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiese pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.».

Con la nueva redacción, en sede de protección de discapacitados, se impone un nuevo fundamento para la norma, que no es más que el que ya en el año 1.975 vaticinó GARRIDO DE PALMA¹⁵, en el sentido de las discapacidades –en esa época no se utilizaba este término- permitiendo al viudo hacer la distribución para remediar la especial situación de esos hijos. Lo que no impide, que una de las aplicaciones del 831 CC haya servido para la adjudicación de la empresa familiar, como veremos más adelante (capítulo XIV).

Sin embargo, y a pesar de que éste es el espíritu que subyace en la Exposición de motivos de la Ley 41/2003, la nueva redacción del art 831 CC, va a ser utilizada con una finalidad práctica más útil y elocuente, que no es otra que la de facilitar la transmisión de la empresa familiar, acogiendo todos los fundamentos que se desprenden de la Ley de Nueva Empresa publicada un año antes y en la que se da una nueva y moderna redacción al párrafo segundo del artículo 1.056 CC. En definitiva, la finalidad del nuevo artículo 831, que era la de protección de los discapacitados y facilitación de su mejora de la forma más amplia, se convirtió en una auténtica medida de organización de los patrimonios y herramienta utilísima para los protocolos familiares (RUEDA ESTEBAN¹⁶). Y así lo corrobora con idéntica opinión ROMERO GIRÓN¹⁷, que sostiene que la figura contemplada en el artículo 831 CC puede resultar útil (aparte de

¹⁵GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. (Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre) (Op citada, en Pág. 371). Dice este autor, auténtico innovador de la finalidad actual del precepto: “Supongamos que un hijo está impedido ó enfermo, ó tiene especiales necesidades ó padece incapacidad... el viudo al realizar la distribución para la que esté autorizado puede remediar ó solucionar la especial situación de los hijos ó de la familia”.

¹⁶RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fernando Estevill) Editorial BOSCH ISBN 84-9790-134-7(pags. 155 a 204, especialmente 202 y 203)

¹⁷ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 Código Civil. Una aplicación práctica.” (En Notarios y Registradores 2005) Madrid-Diciembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n ° 57. Enero-Marzo 2006 (Pág. 221-231, en especial el 222).

otros supuestos específicos, como el indicado en la Exposición de Motivos) para el supuesto ordinario en el que los cónyuges quieren dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad, en beneficio del cónyuge viudo y sin interferencia de los hijos hasta el fallecimiento de éste. Esta finalidad que se había buscado hasta ahora, principalmente, mediante el usufructo universal combinado con la Cautela Socini, ahora con el nuevo artículo 831 CC, se facilita todo, al disponer de un medio más eficaz, que no encuentra obstáculo ni incidencia de la legítima estricta. Y es que como sostienen GÓMEZ GÁLLIGO¹⁸ y RUEDA ESTEBAN¹⁹, se ha producido una relajación más del estricto encorsetamiento de la intangibilidad de la legítima, que en cada reforma legislativa nos acerca más aún al fin de la misma. Ambos preceptos se han acogido por los prácticos del Derecho como elementos habituales en la ordenación de las sucesiones futuras y particiones y distribuciones de los caudales de herencias, para suavizar de alguna forma la clásica y rigorista intangibilidad de la legítima; pero es que además, pueden servir para establecer de forma ordenada la sucesión en la empresa familiar, logrando la continuación del negocio y evitando que el fallecimiento del empresario produzca su disgregación (esta cuestión la veremos detenidamente en el capítulo XIV, dedicado a la adjudicación de la empresa familiar).

En este sentido, LACRUZ BERDEJO²⁰, recogiendo palabras de PUIG FERRIOL²¹, y quitando protagonismo a la finalidad con que el legislador elaboró y redactó la norma, ya recogió en su momento la que actualmente es más utilizada en este precepto: “puede valer el instituto, sobre todo en territorios donde el predominio del factor personal sobre el capitalista en las empresas industriales o mercantiles lleva a la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación de trabajo. Si cuando desaparece el titular de

¹⁸GÓMEZ GÁLLIGO, J. “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado” (en la colectiva) Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad – Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad- ISBN 84-96347-59-1. Editorial “SAN JOSE, S.A.”. Depósito Legal 1934-2006. (Pág. 90-91). Y “La Sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado” RCDI nº 687 Enero 2005 pag. 25

¹⁹RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” (Op cit. en nota anterior, pag. 202).

²⁰LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones”. 4ª Edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F. Editorial Dykinson S.L. ISBN 9788498497311- Año 2009. Antes en “Elementos de Derecho civil, V. Derecho de Sucesiones”, Bosch, Barcelona, 1981, (p, 455).

²¹PUIG FERRIOL, J. L. “Instituciones de Derecho Civil de Cataluña”. Vol. III. Derecho de Sucesiones- Editorial Tirant Lo Blanch- Enero 2009. ISBN 84-9876-4092 (Pág. 540 y s.s.).

la empresa los hijos no han alcanzado todavía esa edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge la facultad de escoger...”. Pero es que además, el artículo 831 CC abre más puertas, no sólo en relación con los discapacitados, sino también para favorecer a hijos que simplemente están en mala situación personal-económica; así, hijo divorciado de un cónyuge insolvente, cuando no es posible que ese hijo se incorpore al mercado de trabajo por edad o por falta de preparación, mientras que sus hermanos tienen su vida resuelta.

El primer análisis de la redacción del precepto nos llama la atención porque se mantiene la colocación de la norma dentro de la regulación de la mejora, lo que es consecuente con la sistemática y tradicional ubicación del precepto, y además de todo punto lógico, dado que la mejora es una parte muy importante del objeto de esta norma, aunque como veremos al estudiar las facultades conferidas, el contenido del precepto excede de esta escueta función de mejorar (veremos estas facultades en el capítulo X). Pero sobre todo, debe ser acorde con los precedentes históricos y lo puntual de la reforma del CC que se hace en esta Ley 41/2003.

En cuanto a su literalidad, se mantiene la frase inicial con que comienza el precepto, que destaca el carácter excepcional de la norma "No obstante lo establecido en el artículo anterior...", lo que implica entender que este artículo sigue siendo una excepción al principio general de que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro, sobre lo que volveremos. Esta frase inicial era lógica en las primeras redacciones del artículo cuyo objeto era muy reducido, pero a juicio de DIE LAMANA²², es criticable, ya que ahora, el objeto de la norma es mucho más amplio, por el carácter excepcional que confiere, con lo que ello supone desde el punto de vista interpretativo; solo una mirada a las amplias facultades de delegación que contiene y la gran apertura que desde el punto de vista subjetivo supone el último párrafo de este artículo, en relación con la nueva realidad social y jurídica de las parejas estables, tanto de heterosexuales como de homosexuales, hubieran hecho aconsejable que el art. 831 CC hubiera sido la regla general positiva y el art. 830 CC la excepción negativa para las demás formas de delegación de la facultad de mejorar. Y esto no es nuevo, porque ya

²²DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual...”. (Op Cit en nota anterior, página web...)

VALLET DE GOYTISOLO²³ lo entendía así, pero ahora, tras la nueva redacción, no se comprende de otra forma. No obstante, no se puede asegurar a mi juicio, que sea aconsejable que el 831 CC sea la regla y el 830 CC la excepción; es cierto que el 831 CC ha ampliado mucho su ámbito de aplicación, pero de ahí a considerarlo como una forma o regla general de actuación, aunque solamente sean las personas que no vivan en pareja y los que no tengan hijos comunes (que son precisamente las que no puedan utilizarla), esto ya constituye un grupo bastante numeroso. De otra parte, la idea base del carácter del testamento como algo personalísimo sufriría con esta idea, aunque no sea testar por otro, pero el delegar ya tiene su importancia y trascendencia.

En principio, la nueva redacción tiene dos partes diferenciadas: la primera, de perfeccionamiento de la redacción anterior, la de 13 de mayo de 1981, sobre delegación de facultades de mejora y distribución de la herencia entre cónyuges con hijos comunes; parece que existe una conciencia con remordimiento, por parte del legislador, sobre la poca utilidad que con su redacción se había obtenido del precepto; y la segunda parte, es que esa delegación pueden hacerla todos los progenitores con hijos comunes, estén o no casados. Esto último supone la gran modernización que hace del precepto un hito innovador, no sin grandes críticas, como veremos más adelante. Para DIE LAMANA²⁴, la redacción lógica que hubiera facilitado la interpretación, a pesar de la evolución histórica, hubiera sido al revés, esto es empezar con la norma general, progenitores no casados con hijos comunes, y luego regular las particularidades del caso especial de cónyuges con hijos comunes.

La segunda parte es un párrafo que parece un incorporado al Proyecto en virtud de una enmienda parlamentaria. Pero en absoluto se produjo así, porque la redacción aprobada en el Parlamento fue la inicial del Proyecto del Gobierno, lo que indica que preocuparon otras cuestiones de mayor calado político que el aspecto jurídico de la norma. Probablemente, fue un añadido al Anteproyecto inicial, anterior al texto definitivo del Proyecto, para evitar la cuestión de la posible inconstitucionalidad que veremos en el aspecto crítico.

En cualquier caso, entiendo que la primera parte del artículo ha de ser interpretada, a pesar de la evolución histórica, como regla especial teniendo en cuenta la general de la

²³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por Manuel Albaladejo. Tomo XI- Editorial R.D.P. Edersa 1982. ISBN 84-7130-360-4 ISBN 84-7130-216-0 (Pág. 405-406).

²⁴DIE LAMANA, J. “El artículo 831....” (en nota anterior, pag web).

segunda parte. Y no por cuestiones meramente formales, sino porque esa segunda parte responde a una realidad social evidente de esta época, con principios constitucionales de los que resultan limitaciones y a los que luego nos referiremos, pero también a nuevas leyes sobre parejas de hecho –algunas de ellas de dudosa constitucionalidad– que supusieron y supondrían –porque las hubo posteriores a esta reforma– un cambio drástico en la causalización del artículo 831 CC. Entre esas novedades legislativas motivadas por la nueva realidad social, destacan en primer lugar la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, modificada posteriormente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción asistida, y en segundo término, la Ley 13/2005 de 1 de Julio, de reforma del CC, que ha permitido el matrimonio de personas del mismo sexo, que podrán ser progenitores casados con hijos comunes por adopción o inseminación artificial, en su caso. Ahora se está haciendo común para parejas de sexo masculino recurrir al “vientre de alquiler”, en países donde el contrato está permitido²⁵, después inscribir en el Registro Civil de esos países, y, posteriormente tratar de que la inscripción con los dos progenitores masculinos llegue al Registro Civil español. A nuestro juicio, parece (prácticamente lo es) un fraude de Ley, pero la DGRN lo ha admitido en varios casos como consecuencia de la Resolución de este Centro Directivo de 18 de febrero de 2009²⁶ –a nuestro juicio desgraciada–, y se ha utilizado como vía para la obtención de una filiación que en España no estaría permitida, puesto que la LTRA además de prohibir el contrato de maternidad subrogada, establece que para los hijos nacidos con la utilización de estas técnicas se considerará madre a la mujer que haya parido el hijo. Con esa decisión se abortaba cualquier discusión sobre quien era la madre si la donante del óvulo o la que lo había gestado.

²⁵Países a los que se acude son la India y algunos estados americanos, en concreto California.

²⁶En este caso, un matrimonio homosexual pretendió adoptar un bebé en California e inscribirlo en España como hijo de los dos hombres de los que se ocupa la Resolución de referencia, y además recurrieron en aquel país a un contrato de “vientre de alquiler”, una forma de atajar los inconvenientes que también existen en Estados Unidos, mediante la cual, una mujer es inseminada artificialmente mediante el esperma de uno de los cónyuges y renuncia por precio a los derechos maternales sobre el bebé, entregándoselo al padre biológico tras el parto. El padre es el único progenitor y puede ser adoptado por el otro cónyuge como su segundo progenitor, pues en California se admite este tipo de adopciones. Ocurrió que al presentarse ante el encargado consular del Registro Civil en el Consulado de Los Ángeles, se denegó la inscripción de tal filiación pues constaba en el contrato que la filiación primera lo era por contrato de vientre de alquiler y se recurrió la negativa dando lugar a la citada Resolución. La solución de la Resolución se fundamentó en el puro reconocimiento de la resolución administrativa extranjera que reconoce la adopción de este tipo en el estado de California, mientras que la resolución denegatoria del Consulado de Los Ángeles y del Juzgado de Primera Instancia de Valencia estaban basadas en la fraudulenta validez del negocio jurídico que dio origen a la adopción.

Por lo tanto, además de la adopción y la inseminación, pese a que en España está rigurosamente prohibido el contrato, hubo una vía extraña para “la maternidad subrogada”. Siguiendo a CASANUEVA SANCHEZ²⁷, en primer lugar fue un antecedente de las uniones homosexuales –posteriormente reconocidas por la Ley-. Comoquiera que por naturaleza es imposible la filiación biológica de ambos progenitores, entre este tipo de matrimonios, no les queda más que la adopción como forma de filiación. Posteriormente, la DGRN, para intentar homogeneizar las respuestas que los distintos Registros Civiles han de dar a situaciones como la que se planteó, dictó la Instrucción de 5 de Octubre de 2010. En esta Instrucción, a pesar de la prohibición de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se estableció en su artículo 10.1, -de los contratos de gestación subrogada- que debe quedar posibilitado que el padre biológico, para poder reclamar la paternidad, inscriba al menor en el Registro Civil. Se exige para poder proceder a la inscripción que el proceso de filiación subrogada haya sido supervisado por un juez con competencia judicial internacionalmente reconocible, conforme a la legislación local y que haya concluido el procedimiento con una resolución firme y que su contenido sea irrevocable. Si la legislación del foro tiene un procedimiento contencioso será necesario que un juez español conceda previamente un *exequátur*. En otro caso se denegará la inscripción. En resumen pues, la finalidad perseguida por el Código Civil, de protección de los menores, del incapaz y de los discapacitados, se elude por otros medios jurídicos de las legislaciones foráneas o extranjeras.

Para ROMERO GIRÓN²⁸, la Exposición de Motivos nos dice que “se reforma el artículo 831 CC con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”, pero lo cierto es que la regulación sustantiva no hace referencia alguna al supuesto de discapacidad, por lo que no debe haber objeción en aplicar este precepto con carácter general.

Como vemos, el artículo 831 CC, en palabras de GARRIDO DE PALMA²⁹ fue traído

²⁷CASANUEVA SANCHEZ, I. “La adopción por matrimonios homosexuales y la DGRN, de 18 de febrero de 2009” Revista Crítica de Derecho inmobiliario”. Número 729. (pags. 335 a 367). Dice este autor que “Lo que ahora vemos como deseo de muchas personas, durante siglos fue una carga, y adoptar suponía un sacrificio desde el punto de vista económico. Es además indudable que la genética (el poder de la naturaleza) predomina sobre las leyes de los hombres (la adopción)” (pag 346).

²⁸ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 Código Civil. Una aplicación práctica.” (En Notarios y Registradores 2005) Madrid-Diciembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n ° 57. Enero-Marzo 2006 (Pág. 221-231, en especial 221).

²⁹GARRIDO DE PALMA, V. M. “El Notario ante el artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Foral-Separata. Diputación Foral de Navarra. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1976 y

como por conmiseración, y lo admitió inicialmente el Proyecto de 1.851 “como una concesión a los territorios forales cuyo derecho había de derogarse”. Pero la evolución de las necesidades y finalidades buscadas por los legisladores, han modificado su estructura, su fundamento y lo que es más importante, su utilidad, de manera que en un ambiente como el actual, de inquietud sobre la sucesión en la empresa familiar y protección de discapacitados, se haya llegado a una redacción tan permisiva.

Como sostuve³⁰ en el año 2005, el artículo 831 CC, que era un precepto destinado a mejorar, como excepción a la regla general del 830, y que había estado aletargado, “en conserva” durante casi toda su vida jurídica, evolucionó hasta llegar a tener la vocación de servir de instrumento como medio para la protección de los incapaces, discapacitados o de hijos de menos fortaleza que otros, y por mor de la redacción inconexa con el Preámbulo de la Ley, es un auténtico y vigoroso medio de distribución, mejora y organización del patrimonio familiar, o lo que es lo mismo, una auténtica fiducia sucesoria, aunque con los problemas que presenta la incardinación de una figura con espíritu foral, en el riguroso sistema de legítimas y su intangibilidad del Código Civil.

Ya contemplamos que entre los antecedentes legislativos al precepto, en el ámbito de las legislaciones forales encontramos la fiducia sucesoria aragonesa para ordenar la sucesión del cónyuge premuerto; el “distribuidor” regulado en la Compilación Balear (hoy Código de Sucesiones de las Islas Baleares); el pacto de cónyuge sobreviviente ó la herencia de confianza en Cataluña, (Código Civil de Cataluña, artículo 424.1); la fiducia sucesoria (Ley 151) ó los fiduciarios-comisarios del Fuero Nuevo en Navarra (Ley 281); el testamento por comisario regulado en Vizcaya (artículo 32 a 48 y 16.4 y s.s. del Derecho Civil Foral del País Vasco). Es reseñable, que aunque la zona donde más arraigo tuvo la fiducia sucesoria entre cónyuges ha sido indudablemente Aragón, ha sido en la legislación vizcaína donde se ha actualizado la disposición citada, mediante la Ley 3/1992 del 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, (artículos 32 a 48), con una escueta, pero profunda referencia en el preámbulo de la Ley. En esta, no cabe duda que esa facultad de delegación o poder del comisario foral, es más fuerte y trascendente cuando el delegado lo es el viudo (caso al que el pueblo le denomina

1977. Publicado también como “Visión otarial del artículo 831 CC” en “Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre” Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1976. (pags 365 a 392, especialmente la 367 y s.s.)

³⁰RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fernando Estevill) Editorial BOSCH ISBN 84-9790-134-7 (pag. 155 a 204, especialmente 158).

“Alkar-Poderoso”, porque suele tratarse de un poder mutuo), a lo que favorecen otras instituciones como la Comunicación Foral del régimen económico. Pero sobre esto, volveremos con más detalle en su momento.

A juicio de GARCIA RUBIO³¹, lo cierto es, que al igual que ocurrió con la modificación del 831 CC en 1981, tampoco la que se produjo en el 2003 parece tuvo conexión directa con el resto de la ley pues, tanto entonces como ahora, los objetivos primigenios de esto, poco o nada tenían que ver con la ampliación de la facultad de delegar en el cónyuge la distribución de la herencia entre los hijos, lo que en realidad constituye el objetivo directo de la reforma, como incluso se deduce de la Exposición de Motivos y que han llevado a considerar «de dudosa oportunidad»³² la misma. La crítica también se hace desde un punto de vista formal, porque el artículo 831 CC ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones discutidas. Como decisión de técnica legislativa entiende GARCIA RUBIO³³ que no cree haya sido la mejor opción pues, por más párrafos que se incluyan, “la regulación expresa de la institución que nos ocupa siempre será incompleta”, debiendo ser interpretada e integrarse en relación con todo el sistema sucesorio del CC.

2.-NATURALEZA DEL PRECEPTO Y SUS CARACTERES

Naturaleza. Sentado, como hemos estudiado en los antecedentes históricos (capítulos I al IV), que se trata de una figura de contenido fiduciario, que surgió como un guiño a las legislaciones forales, hoy, esa puerta que durante casi un siglo estuvo cerrada, por fin se ha abierto.

Ya VALLET DE GOYTISOLO³⁴ apuntaba que el contenido autorizado por el 831 CC podía ser enfocado de tres maneras, aunque hoy, la nueva redacción condiciona éstas de alguna forma.

³¹GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la pag 59)

³²DÍEZ-PICAZO, y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, (p. 435).

³³GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la pag 61)

³⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “La mejora tácita”. Anuario Academia Matritense del Notariado. Tomo VIII, pág. 26.

1.-Como un pacto sucesorio que en ningún caso debería confundirse con la sucesión contractual; sería una excepción al artículo 1271. 2º del Código Civil; para lo que se recoge doctrina de SCAEVOLA³⁵, SÁNCHEZ ROMÁN³⁶, VALVERDE³⁷, DE BUEN³⁸, CASTAN TOBEÑAS³⁹, GARCIA GRANERO⁴⁰, que lo aceptan como pacto sucesorio; en contra MANRESA⁴¹, BARRACHINA⁴², GONZALEZ PALOMINO⁴³, ALPAÑES⁴⁴, PUIG PEÑA⁴⁵, LACRUZ⁴⁶; para quienes se trata de representar una fiducia limitada a la distribución de bienes de los que no dispuso el causante, dentro de un círculo bastante restringido de personas.

Para DIAZ FUENTES⁴⁷ se ha evolucionado de la modalidad del pacto sucesorio en

³⁵SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil Comentado y Concordado extensamente”. Editorial Ricardo Rojas. 1897. Tomo XIV. Imprenta de Moreno y Rojas. Madrid 1898. (Pág. 519 y s.s.) “Código Civil Comentado y Concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Ortega Lorca”. Tomo XIV- 4ª edición. Instituto Editorial Reus 1944.

³⁶SÁNCHEZ ROMÁN, F. “Derecho Civil Español, Común y Foral” en “Codificación Civil en España” y Apéndices Forales- Edición de 1889-90-Madrid. “Impresiones de la Real Casa 1890”.(pag. 1216).

³⁷VALVERDE VALVERDE, C. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo V. Valladolid 1939.(pag. 285).

³⁸DE BUEN, D. “Anotaciones a Colin y Capitant”. Curso Elemental de derecho Civil. Tomo VIII. Madrid, 1957. (pag. 415 y s.s.).

³⁹CASTÁN TOBEÑAS, J. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo VI volumen 2º: Editorial Reus, S.A. 1979. ISBN 84.290-1203-6. Y de 1994 la 12ª Edición ISBN 13 9788429013375. VI: Editorial Reus, S.A. 1ª Edición ISBN 13 9788429015867. (páginas 592 a 599, en especial la 593).

⁴⁰GARCÍA GRANERO, J. “Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora” RDP, 1949. (Pag 817). También sostiene esta postura en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo XI- Edersa 2004. ISBN 978-84-713026-2-5. Tomo XXVI Vol. 2º. Edersa 2007. Dirigido por Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart.

⁴¹MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil Español”. Tomos VI y VIII, Madrid 1973.La originaria es la 6º ed., Reus, Madrid, 1932, pp. 442-443, para este autor, en realidad este pacto no confiere derecho alguno sobre la herencia futura, y sólo concede determinadas facultades para distribuir en su día los bienes del fallecido entre los que son sus herederos con arreglo a la ley, por lo que no cae en la prohibición del 1271.

⁴²BARRACHINA PASTOR, F. “Derecho Foral Español: sus relaciones con el Código Civil, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado” Analecta Editorial. 2004. (página 538).

⁴³GONZALEZ PALOMINO, J. “El usufructo universal del cónyuge viudo y los herederos forzosos”. Revista de Derecho Privado- Mayo nº 272. Madrid 1936 (Pág. 160 a 165)

⁴⁴ALPAÑES E. “La Delegación de la facultad de mejorar”. R.G.L.J., segunda época. Tomo XXVI. Marzo de 1953 (Pág. 326 y 327).

⁴⁵PUIG PEÑA, F. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo IV, Vol. 2º y Tomo V, Vol. 2º.(pag 460 y s.s.).

⁴⁶LACRUZ BERDEJO, J. L. “Capítulos matrimoniales y estipulación capitular”. Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3ª, Estudios Jurídicos varios. Volumen II. Madrid 1962 (Pág. 119 a 176, en especial 123 y s.s.).

⁴⁷DIAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII-3. Año 1965 (Pág. 877 y siguientes). Sostiene este autor que «antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, la delegación de la facultad de mejorar era una modalidad de pacto sucesorio, puesto que había de hacerse en capitulaciones matrimoniales, cuyo carácter contractual era indudable. Después de la reforma, al poder hacerse la delegación en capitulaciones matrimoniales o en testamento, se trataría de un verdadero poder testatorio, aunque de ámbito limitado».

capítulos al poder gestatorio de ámbito limitado. A mi juicio, estamos ante una auténtica fiducia sucesoria, con las hechuras de la aragonesa u otras forales, pero con los inconvenientes de la implantación de una figura foral importada al sistema de derecho común, lógicamente con los problemas que esto plantea.

El causante, antes de la reforma de 1981, no veía limitado su poder de disposición entre vivos, pero del carácter convencional derivaba la eficacia vinculante de lo pactado y, en principio, su irrevocabilidad, por lo que se limitaba el poder de disposición *mortis causa* del causante. Actualmente ya no es así, y por esta razón, siguiendo a GARCIA RUBIO⁴⁸, nos abonaremos a la tendencia de que el artículo 831 CC no es un pacto sucesorio en cuanto no limita el poder de disposición *mortis causa* del cónyuge otorgante; el causante, a pesar de ordenar la facultad al cónyuge viudo en testamento, puede disponer de sus bienes tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa* a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora o sustitución fideicomisaria, dejando sin efectividad la delegación conferida. Además, mientras el pacto sucesorio, en principio, es irrevocable, la delegación conferida por el causante al cónyuge viudo al ser ordenada en testamento es revocable por revocación de éste.

En cualquier caso, el establecimiento de esta fiducia, que hasta entonces se podía organizar en capitulaciones, varió sustancialmente, ya que con la nueva redacción, sólo cabe ordenarla en testamento. Así pues, desde esta última versión del año 2003, en absoluto es contractual en sentido estricto, porque no supone un compromiso o una transmisión de la facultad vinculante de mejorar y distribuir, ya que el delegante sigue pudiendo disponer de aquella a su arbitrio. Piénsese que tan sólo con otorgar nuevo testamento, puede modificar la delegación, suprimirla o limitarla. En conclusión, está claro que no se trata de una sucesión contractual, y hoy, al sólo poder establecerse en testamento, ni tan siquiera se trata de un pacto sucesorio, ya que puede ser revocado o modificado en cualquier tiempo hasta la apertura de la sucesión.

2.- Una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, que tampoco debe confundirse, con el clásicamente denostado poder testatorio. Ya hemos hecho constar anteriormente, que en ningún caso se trata de este, ya que no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia. En consecuencia, tam-

⁴⁸GARCIA RUBIO, M. P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial páginas 65, 66 y 67)

poco el artículo 831 CC es esa figura, en cuanto que el causante no delega la facultad de testar. Por estas razones, entenderemos que el artículo 831 no es un pacto sucesorio ni tampoco un poder testatorio, sino una concesión, que no es necesario que sea recíproca, entre los esposos o parejas de hecho, de una facultad para que el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mejore, adjudique o atribuya bienes concretos entre los hijos o descendientes comunes.

El cónyuge supérstite puede ejercer su facultad no sólo *mortis causa*, sino también por actos *inter vivos*, y en absoluto testa por el premuerto, sino que ejerce unas facultades por él delegadas. (VALLET DE GOYTISOLO⁴⁹). LACRUZ BERDEJO⁵⁰ la calificó de “fiducia limitada”, término que recoge GARRIDO DE PALMA⁵¹, aunque con ciertos matices.

3.- Por último, una simple facultad de distribución de la herencia, que tras la nueva reforma, ha quedado caduca, pues el contenido llega más allá de la partición («mejorar, atribuir...»). Hasta el año 2003, esta era la naturaleza más acorde con el tenor literal de la norma, pero tras su “renacimiento” o despertar del letargo a que estaba sometido, tiene una nueva dimensión, que excede con mucho de la simple facultad de distribución.

Aún así, sigue siendo considerándose el artículo 831 CC, como caso excepcional al Sistema del Código Civil. Como hemos comentado, el 831 CC supone una excepción al sistema general del Código Civil.

Y es que la nueva redacción del 831 CC, recogiendo el espíritu de excepcionalidad de la norma inicia así: «*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...*»

Artículo anterior, el 830 CC, que no deja lugar a dudas sobre el principio general de prohibición de la delegación: «*La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*».

Y además era, y ahora, es aún más, un “cuerpo extraño” o “disposición anómala y extraña” introducida en el Código Civil, como indica VALLET DE GOYTISOLO⁵² que destaca que este artículo está “formulado como excepción del artículo 830 CC, y

⁴⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Panorama del Derecho de Sucesiones. Madrid 1982. (pag. 720).

⁵⁰LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. “Derecho de Sucesiones”. Barcelona 1976. (página 456 y siguientes.)

⁵¹GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. (pag 372) “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.D. Notarial 2005(nº 53) RSN nº55 (Pág. 121-136). Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Murcia 2004 (Pág. 2025).

⁵²VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “La mejora tácita”. Anuario Academia Matritense del Notariado. Tomo VIII, pag. 26.

excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830...” GARRIDO DE PALMA⁵³, al que sigue VALLET DE GOYTISOLO⁵⁴ en la obra citada, defiende, con relación a la redacción de 13 de mayo de 1981, la posibilidad de resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias, interpretando el 831 CC, y en su caso integrándolo, por medio de la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a dichas instituciones forales. Esa posibilidad, de interpretación e integración con los principios de instituciones similares de las legislaciones forales, y con la jurisprudencia que existe sobre las mismas, es aplicable después de la reforma de la Ley 41/2003, que se ha inspirado fundamentalmente en la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999.

4.-En definitiva, es anacrónico y cuerpo extraño en relación con otros preceptos del Código Civil, con los que colisiona en aras de ese difícil engarce de las instituciones forales en el sistema de Derecho civil común. En principio, lo es respecto del artículo 1271 CC en su párrafo segundo: *«Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056»*. Lo cierto es que este artículo 1056 en su párrafo segundo, también fue objeto de una precisa y útil reforma como consecuencia de la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se facilita la adjudicación de la empresa familiar a aquel de los hijos o descendientes colaborador en la empresa familiar o explotación mercantil, dando un nuevo campo a las formas de la mejora tácita a través de la partición hereditaria con esta forma de adjudicación. La publicación del precepto -831- que nos ocupa hoy, -en el mismo año, tan solo unos meses después- hizo que el alcance de este innovador precepto -1056.2 CC- se quedase infrautilizado, ya que las posibilidades del artículo 831 CC, aunque no estaba pensado más que para protección de discapacitados, se hicieron muy superiores a las que permite el 1056 CC, por lo que este último se ha quedado como mero instrumento de mejora entre cónyuges comerciantes, o como veremos más adelante, como cláusula sobre particiones que se puede emplear y combinar con la facultad de mejorar y distribuir concedida por el artículo 831 CC.

En segundo lugar y esencialmente supone una excepción al artículo 670 CC que reza: *«El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo o en*

⁵³GARRIDO DE PALMA, V. M. “La visión notarial...” (en nota anterior, pag. 373 y 374)

⁵⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “La mejora...” (en nota anterior, pag. 27 y s.s.).

parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Lo es en cuanto que el cónyuge supérstite puede designar las porciones de los hijos comunes, pero no en cuanto que no puede formar o modificar el testamento del difunto, ni instituir herederos.

En este sentido, el 831 CC, y más en los términos en que está redactado actualmente, supone una situación extraordinaria, porque permite al testador unas potestades, que si no son las de instituir herederos –que sería una herencia de confianza prohibida por el Derecho común-, no obstante facilita unas facultades que posibilitan no solo mejorar sino también organizar una distribución de adjudicaciones en concordancia con el cónyuge para el caso de fallecimiento del primero de ellos, lo que conforme instrucciones reservadas entre ambos, y basadas esencialmente en la fidelidad y confianza mutua, suponen una compensación de instituciones de herederos o de legados compensatorios de las herencias de los cónyuges (y en la redacción actual de parejas de hecho).

Inicialmente, en su redacción original, era la excepción esencial al artículo que le antecede en orden, el 830 CC, que especialmente prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; el artículo 831 le sigue en orden, haciendo constar cual es la excepción más importante⁵⁵.

Por último, rompe el orden del artículo 1057-1º CC que dispone: *«El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos»*. En consecuencia es una excepción a este artículo, por cuanto que el cónyuge supérstite del artículo 831 CC es un coheredero.

Así pues, tangencialmente supone una excepción al 1057.1 CC, que sólo permite al testador encomendar “la facultad de hacer la partición” y “... por acto... *mortis causa*...” a cualquier persona “que no sea uno de los herederos”; si consideramos al cónyuge como tal, se hace esto indudable. En este suuesto, no supone lo extraordinario de los

⁵⁵El 830 CC que señala la regla general y el personalismo del testamento, corresponde a la redacción original que se trae desde el Anteproyecto de 1889, y que ya en el Proyecto de 1851 aparecía en términos semejantes. Por lo tanto el 831 CC también expresamente exceptiona ese artículo 830 C. C.: *«La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro»*. Este artículo prohíbe, por regla general, que el testador delegue la facultad de mejorar en otra persona. Sin embargo, el artículo 831 contiene una excepción a esa prohibición, y así comienza diciendo: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...»*.

casos anteriores, porque no siempre es el cónyuge designado heredero, pero para el caso de que lo fuese, sería una excepción importante.

Incluso antiguamente, cuando se hacía en capitulaciones matrimoniales, y por lo tanto, la reciprocidad era requisito imprescindible y exigido por el medio y por la forma del documento utilizado, era también una extraordinaria excepción al artículo 669 C. C. que prohíbe el testamento mancomunado.

La doctrina, se ha debatido durante años en numerosos intentos por orientar la interpretación del 831 CC, de manera que sólo se produjese contraposición con alguno de los preceptos y hubiese armonía con los demás. VALLET⁵⁶ lo denominaba, como hemos visto anteriormente, “interpretación unidimensional”. Con la redacción actual, en la que se han acentuado todas las características y peculiaridades del precepto, así como su eficacia, ha quedado patente que se trata de una norma extraña al sistema del Código Civil, pero de una utilidad indiscutible.

3.-EL ARTÍCULO 831 CC COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA. CRISIS DE ESTE PRINCIPIO.

La Ley 41/2003 ostenta el título y denominación de Protección Patrimonial de personas con discapacidad y de reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria. Anteriormente resaltamos que el Preámbulo recoge que la reforma del artículo 831 CC tiene el objeto de introducir una nueva figura con esta finalidad de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. Ya hemos expresado anteriormente que nada de esto ha ocurrido, aunque el fundamento y finalidad esencial de la norma eran esos; por pragmatismo y utilidad, el práctico del derecho se ha servido de la norma para convertirla en el medio idóneo para la organización de los patrimonios hereditarios y protocolos familiares, como hemos analizado anteriormente.

En principio, para ROMERO-GIRÓN DELEITO⁵⁷, el artículo 831 CC tiene incidencia importante en la consideración de la legítima. Debe plantearse si el artículo 831 CC supone una nueva excepción al principio de intangibilidad de la legítima del artículo 813 CC, no en cuanto a la mejora, cuya distribución forma parte de las

⁵⁶VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “La mejora tácita”. Anuario Academia Matritense del Notariado. Tomo VIII, pág. 26.

⁵⁷ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del C. C. Una aplicación práctica”. Septiembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n ° 57, número de Enero-Marzo 2006. (Pág. 223).

facultades del cónyuge fiduciario, sino en cuanto a la legítima estricta. Anticipo que a mi juicio, debe aceptarse esta posibilidad, por lo que tenemos una nueva excepción a la intangibilidad de la legítima del Código Civil.

No obstante, cabe que judicialmente triunfe la opción favorecedora del artículo 813 CC, por lo que convendría establecer en el testamento que aquel que plantee cualquier oposición o impugnación verá reducida su participación a la legítima estricta, de modo semejante a lo que ahora se dispone con la cautela *Socini*. Hay que tener en cuenta, además, que en sede del artículo 831 CC no debe haber obstáculo para que la legítima se pague en efectivo extrahereditario y a plazos, como ya lo dispone otro precepto reformado, el artículo 1.056 CC, que atiende asimismo a un supuesto especial al que también podría atender el art. 831 CC, la conservación de la empresa. No obstante, sobre este punto, volveremos detenidamente en el estudio del plazo para ejecución de la fiducia y las exigencias de los legitimarios.

Realmente es una excepción al límite del respeto a las legítimas, que lógicamente también vinculaba al causante y aparece de modo expreso en las sucesivas versiones del artículo 831 CC, a modo de recordatorio del carácter imperativo de éstas. Con los matices que se derivan de la propia norma y del conjunto del sistema, el límite ha de ser interpretado desde la perspectiva tanto de la intangibilidad cualitativa como de la cuantitativa de la legítima.

Dice GARCIA RUBIO⁵⁸, que por primera vez, al igual que en otros preceptos sucesorios reformados por la Ley 41/2003, se recibe en el Código la expresión «legítima estricta» perfectamente consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y que ahora experimenta sanción legal como límite infranqueable por el causante y, por supuesto, también por el facultado. El número 3 del artículo 831 CC se refiere expresamente al necesario respeto por parte del comisionado de las legítimas de los descendientes comunes. Respecto de ellas el facultado podrá mejorar a uno solo de los legitimarios y pagar en metálico a los demás, e incluso como se dice expresamente en el párrafo 3º de este número, aunque hayan sido satisfechas en todo o en parte con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades, lo que representa una auténtica novedad del texto de la norma.

ROCA GUILLAMON⁵⁹, opina que la satisfacción del interés al que se refiere el precepto

⁵⁸GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pags. 92 y 104).

⁵⁹ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo

es exclusivamente económica, sin que implique ni se valore ningún otro de carácter moral o sentimental. A mi juicio, (RUEDA ESTEBAN⁶⁰) esta novedosa previsión admite dos interpretaciones; a) entender que los bienes del viudo adjudicados a los hijos o descendientes comunes se integran ficticiamente en la herencia del difunto, juicio (lo comparte GARCIA RUBIO⁶¹) que no tiene mucho sentido⁶². b) considerar que la legítima en este caso es una *pars valoris* o incluso un derecho de crédito y corresponderá al viudo la determinación de si será satisfecha con bienes de la herencia o con bienes suyos. Considero que esta segunda interpretación impide que actúen los mecanismos de protección de la legítima *pars bonorum* por lo que el precepto debería haber establecido para tal situación un sistema de garantías de los legitimarios similar al recogido en los artículos 841 y siguientes del CC, o en su caso amparar al legitimario con la anotación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, si bien tan solo protegería el derecho de los legitimarios respecto de bienes inmuebles.

La doctrina de los primeros años de utilización del precepto, (DIE LAMANA⁶³, GARRIDO DE PALMA⁶⁴, RUEDA ESTEBAN⁶⁵) entendió que esta reforma, si era positiva, beneficiaría a muchos progenitores con descendencia común, independientemente de que los descendientes tuviesen o no discapacidades y del grado de éstas, en su caso.

Como veremos más adelante, es cierto que también beneficiaría a los descendientes con discapacidades, de la mejor forma que podía hacerse, o sea con una norma general (que les facilitaba la integración social) y no con una norma excepcional, como son las demás normas de la Ley 41/2003. Con esa finalidad de realizar una reforma del Código Civil de carácter general, de la que pudieran beneficiarse todos y, entre ellos, las personas con

831 del Código Civil – Ley 41/2003)” en la obra “Libro homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García”. Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (páginas 4279 a 4299, en especial 4288)

⁶⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado) 2005 (nº 279) (pag 977). En el apartado 4.2 sobre la cuestión de la cuantía de la legítima. En “La fiducia sucesoria...” en “Los patrimonios...” (pag. 183).

⁶¹GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación...” (Pag. 93).

⁶²Entiendo que no tiene mucho sentido, aunque respeto absolutamente las opiniones en este, porque en un sistema de legítimas aceptado como de *pars bonorum*, no puede conciliar esta interpretación. Por lo tanto, manteniendo la concepción clásica de la legítima no se puede aceptar esta variable. Además, se perjudicarían los mecanismos de protección de los legitimarios en la futura herencia del fiduciario, ya que sus bienes están ya entregados o comprometidos. Es por eso que me decanto definitivamente por la segunda opción de considerar que la legítima común presenta una variación hacia la *pars valoris*.

⁶³DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción Puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Nº32 Abril 2012 (En nota anterior, pag. Web Seminario Carlos Hernández Crespo).

⁶⁴GARRIDO DE PALMA, V. M.”La visión notarial...”(en nota anterior, pag 133 y s.s.).

⁶⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil” Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XLIV. (pag. 61 a 94, en especial 66 y s.s.).

discapacidades y otros grupos sociales con necesidad de ayuda, el Grupo de Trabajo de Asuntos Jurídicos del Real Patronato sobre Discapacidad (que dirigió el propio DIE LAMANA⁶⁶), elevó en el año 2001 a la Junta de Gobierno del Real Patronato, una propuesta⁶⁷ de reforma del Código Civil estableciendo la libertad de testar, al estilo de algunas de las legislaciones forales (aparte de otras reformas en materia sucesoria que coincidieron con las de esta Ley 41/2003 y la del poder preventivo) . La ambiciosa propuesta de libertad de testar se estimó por el Grupo de Trabajo más adaptada a la realidad social actual, y que resolvería muchos problemas de nuestro sistema de protección de las legítimas, en beneficio de toda la sociedad y de forma especialmente beneficiosa para sectores como el de las personas con discapacidad.

La dulcificación del principio de intangibilidad de la legítima, fue una de las razones de la reforma del artículo 831 CC en la ley 41/2003. Pero no fue la primera vez que se produjo tal intento de suavizar la intangibilidad de la legítima, porque ya en la reforma de 13 de mayo de 1981 se modificaron de los artículos 841 CC y siguientes en orden a la regulación del pago de la legítima en metálico, lo que resultó innovador como primera excepción al criterio de las *pars bonorum*. Posteriormente, la nueva redacción que se dio al párrafo 2º del artículo 1056 CC como consecuencia del mantenimiento de la unidad de la empresa familiar en Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, supuso un nuevo cambio en las rigurosas estructuras de la concepción decimonónica de la legítima (RUEDA ESTEBAN⁶⁸). Y unos meses después, con la modificación del 831 CC La Ley 41/2003 de LPPPD se abrió un nuevo campo a la consideración de la intangibilidad de la legítima. Anteriormente hemos dicho que en el Preámbulo de esa ley, se dice que la

⁶⁶DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción Puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Nº32 Abril 2012. (En nota anterior, página web Seminario Carlos Hernández Crespo).

⁶⁷La propuesta citada se basó en una Encuesta elaborada en el año 2001, con una muestra de 1000 personas a partir de 18 años, en once Comunidades Autónomas de Derecho Común, con resultado de mayoría amplia para mayor libertad de testar, incluso a favor de extraños. Estas encuestas son de todo punto criticables y cuestionables, en primer lugar porque dependen de la edad y posición social de los encuestados y en segundo lugar por la variación de las personas encuestadas, que reflejan distinto resultado según se trate de testadores con deseos de evitar los rigores de las legítimas o de posibles y futuros legitimarios en potencia, en defensa de sus mínimos derechos de familia. No obstante, sería interesante saber, si ese “apoyo claro a la libertad de testar” lo era para que los propios encuestados opinaran si querían tenerla o no, o bien, que opinaban los mismos respecto que esa misma libertad de testar la tuvieran sus progenitores con respecto a ellos. En la propuesta se incluían además reformas puntuales como las de los artículos 831 y 1732 CC.

⁶⁸RUEDA ESTEBAN, L. “El párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. En la obra “El patrimonio Familiar, profesional y empresarial; sus protocolos”. (Dirigida por Vicent Juliá, Garrido Melero y Fernando Estevill). Editorial BOSCH. ISBN 84-9790-134-7. (En nota anterior, páginas 155 a 204, en especial las 236). En esta publicación concluyo presentando mis dudas en aquel tiempo, sobre la variación de la legítima a la naturaleza *pars valoris*, pero mantengo la creencia –ahora discrepo- de que se trataba de una *pars bonorum*.

reforma del artículo 831 CC tiene el objeto de introducir una nueva figura de con esta finalidad protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, pero en realidad, lo que se hace es matizar el concepto de la intangibilidad de la legítima en aras de protección de esas personas con discapacidad.

La reforma que se hace en esta ley del art. 831 CC no respondió al ámbito que acotaba la denominación de la misma, ni el objeto de la reforma de este artículo se agotó en la introducción de una figura de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Como ya indicamos al principio, el Preámbulo se quedó corto. Curiosamente, en la nueva redacción del artículo 831 CC que se hace en esta Ley no se contempla expresamente en ningún punto a las personas con discapacidad (al igual que en la que se hace en la misma respecto del artículo 1732 CC sobre el mandato). Se trata, por tanto, de unas modificaciones profundas y puntuales, de los artículos 831 y 1732 CC, cuyo objeto no es el beneficio de un determinado sector de personas, como son las personas con discapacidades, sino a favor de cualesquiera personas que queden dentro de los supuestos que contemplan esas normas, que con esto se adecuan mejor a la realidad social actual. Así pues, fue positiva y benefició a muchos progenitores con descendencia común, independientemente de que los descendientes tuviesen o no discapacidades y del grado de éstas, en su caso. Aunque es cierto que también se dirigió a los descendientes con discapacidades, de la mejor forma que podía hacerse, con una norma general (que les facilita la integración social) y no con una norma excepcional (que les segregaría), como son las restantes normas de la Ley 41/2003 (DIE LAMANA⁶⁹).

GOMEZ GALLIGO⁷⁰, cree que se ha llegado al fin de la intangibilidad de la legítima, y recoge la opinión que sostuve (RUEDA ESTEBAN⁷¹) en el año 2003, sobre una serie de reformas parciales del Código Civil, de desnaturalización de la legítima en Derecho Común y acercamiento al Derecho Foral: 1º.- La Ley 11/1981 de 13 de Mayo, generalizó el pago en metálico de la legítima, modificando el artículo 841 CC, y permitiendo al testador o contador-partidor, facultado por aquel, adjudicar todos los bienes de la herencia

⁶⁹DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción Puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, N°32 Abril 2012. (En nota anterior, página web...).

⁷⁰GOMEZ GALLIGO, J. “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”. En la obra colectiva “Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad”. ISBN: 84-96347-59-1. Editorial “SAN JOSE, S.A.”. Depósito Legal 1934-2006. (Pág. 90-91).

⁷¹RUEDA ESTEBAN, L. “El párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. En la obra “El patrimonio Familiar, profesional y empresarial; sus protocolos”. (Dirigida por Vicent Juliá, Garrido Melero y Fernando Estevill). Editorial BOSCH. ISBN 84-9790-134-7. (En nota anterior, pag. 233 y s.s.)

a alguno de los descendientes. 2º.- La reforma del art. 1056 CC por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003 de 1 de Abril, de la SL Nueva Empresa, permitiendo la atribución unitaria a uno de los legitimarios de la explotación familiar en aras del mantenimiento de la unidad de la empresa familiar; y el consiguiente pago en metálico a los demás en caso de acciones o participaciones de sociedades de capital. 3º.- Y este proceso, ha dado un avance definitivo en la Ley 41/2003, por dos vías: a) Incrementando la facultad de distribución encomendada al cónyuge sobreviviente en el art.831 CC. b) Sobre todo, admitiendo la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta.

Concluye en este punto GOMEZ GALLIGO⁷² reclamando un debate sobre el mantenimiento de la naturaleza legítima en el Derecho Civil Común. Ya antes, lo había anticipado DIAZ ALABART⁷³, para quien sería conveniente una modificación del sistema de las legítimas de los descendientes en el Derecho Civil común a los efectos de facilitar una mayor disposición del causante.

En consecuencia, debemos considerar obsoleto e inadecuado, para la realidad actual, el sistema legitimario del Código Civil. Y será deseable, que posteriores reformas que se hagan sobre esta materia, no sean concretas regulaciones que de forma puntual vayan

⁷²GOMEZ GALLIGO, J. "El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado". En la obra colectiva "Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad". ISBN: 84-96347-59-1. Editorial "SAN JOSE, S.A.". Depósito Legal 1934-2006. (Pág. 90-91). Dice este autor que "No se trata ahora de decidir si los pasos dados son o no más conformes con la realidad social actualmente imperante en los territorios de Derecho Común. Quizás sea así. Lo único que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código Civil, rechazando estas reformas parciales del Código Civil efectuada por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria". (Pag 90 y 91)

⁷³DIAZ ALABART, S. "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad". Sostiene esta autora que "aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto". Además en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», RDP mayo-junio 2004, pp. 259-270, especialmente pp. 267-268; de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831 CC, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad - de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

trastocando el Código Civil, de forma que en el sistema general del mismo, complique la interpretación de la doctrina. Recoge esta tendencia GOMEZ GALLIGO⁷⁴, en un estudio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, lo que denomina “El fin de la intangibilidad de la legítima”, y llama la atención sobre la necesidad de una serie de reformas parciales del Código Civil, de desnaturalización de la legítima en Derecho Común y acercamiento al Derecho Foral.

En este sentido, DIAZ ALABART⁷⁵, se pronuncia a favor de la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, lo que exige una profunda reforma. En el mismo término de apreciación, sostuvimos esa opinión en el año 2005 (RUEDA ESTEBAN⁷⁶).

En definitiva, como hemos analizado, DIE LAMANA⁷⁷ sigue estas opiniones, y considera obsoleto e inadecuado para la realidad actual el sistema legitimario del Código Civil, opinión que no compartimos. Para este autor, se pretendía abrir ese necesario debate sobre la legítima, con la encuesta y la propuesta antes indicadas, pero el Ministerio de Justicia, con conocimiento directo de ambas, prefirió la opción que culminó en la Ley 41/2003, que no aborda adecuadamente el problema de las legítimas y que, en relación con las personas con discapacidad, es “segregadora” y poco útil, como veremos a continuación. Y es que a pesar de todos los buenos deseos del carácter positivo de la evolución de esta norma, lo cierto es que la facultad de mejorar y distribuir que concede el artículo 831 CC, se ha empleado muy poco hasta la fecha de este estudio, debido quizás a la desconfianza entre cónyuges, poco acostumbrados a los pactos sucesorios, testamentos mancomunados o los de hermandad, fiducias sucesorias en Aragón y comisarios de facultades amplísimas del País Vasco; pero una parte importante de la insuficiente utilización, les corresponde a los profesionales del derecho, y especialmente a los Notarios, que por su proximidad y especial función en

⁷⁴GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”. (Op Cit, Pág. 91). La conclusión a la que llega este autor es que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código Civil, rechazando estas reformas parciales del Código Civil efectuada por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria.

⁷⁵DIAZ ALABART, S. “La institución a favor de parientes”. R. D. P. Tomo LXII, Enero-Diciembre de 1978 (Pág. 750 a 767). Pero donde esta autora desarrolla su teoría es en la obra “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con...” (Op Cit de su contexto general).

⁷⁶RUEDA ESTEBAN, L. “Fiducia sucesoria del artículo 831 C. C. Boletín información del Colegio Notarial de Granada n° 279- Marzo 2005 (Pág. 961 a 1016, especial 968 y s.s.).

⁷⁷DIE LAMANA, J. (Op. en nota anterior, página web Seminario Carlos Hernández Crespo.).

los momentos de organizar la sucesión y los protocolos familiares, deben fomentar la utilización de estas instituciones.

Así pues, se trataba de una salida para los restos de foralidad en el Código Civil, que se puso por el legislador decimonónico como compensación a la pretendida y fallida unificación del Derecho civil; y al cabo de un siglo se ha convertido en una puerta de entrada de las instituciones forales en el Sistema de Derecho Civil Común.

4.- UTILIDAD DEL ARTÍCULO 831 REFORMADO A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES. BREVE JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 41/2003 EN MATERIA SUCESORIA.

En primer lugar, como consecuencia de todo lo anterior, hemos sostenido que hay que destacar que la reforma del artículo 831 CC (al igual que la del artículo 1732 CC) al ser de carácter general tiene respecto de las personas con discapacidades una virtud de "normalización", que no tiene el resto de la Ley. Las normas que establecen un régimen excepcional de protección para las personas con discapacidad producen un cierto efecto contrario a su integración social, aunque a veces son la única vía. Son más normalizadoras y socialmente integradoras las que benefician a muchas personas, tengan o no discapacidades. Además, la reforma del artículo 831 CC (al igual que la del artículo 1732 CC) al ser de carácter general, llena, dentro de sus límites de actuación, un gran vacío de esta Ley 41/2003: la Ley protege solamente a las personas con declaración judicial de incapacidad, en unos casos; y en otros a los que tienen un reconocimiento por parte de la Administración de un grado considerable de discapacidad. Con esto, quedan fuera de la protección de la Ley: 1) Muchas personas que no son declaradas incapaces judicialmente por recomendación de los propios médicos (por los traumas que les produce) o por los costos de la tramitación; 2) Los que tienen discapacidad reducida (especialmente la psíquica) o capacidad límite (que además no gozan de casi ninguna de las ayudas públicas para el sector y tienen grandes problemas de integración social y laboral).

LEÑA FERNANDEZ⁷⁸, considera que estamos ante la medida idónea y útil para

⁷⁸LEÑA FERNANDEZ, R. Trabajo no publicado sobre figuras sucesorias en la Ley 41/2003, facilitado por cortesía del autor a través del servicio de publicaciones del Consejo General del Notariado. Dice este autor: "Estamos en presencia de una vía utilísima, y hasta esta reforma muy poco utilizada, para lograr el reforzamiento de la posición del cónyuge que sobreviva...en aquellos casos en que los padres son aún jóvenes, el disminuido pequeño y no se sabe cuál va a ser la actitud de sus hermanos, pequeños también respecto de éste. Por otra parte el patrimonio de los padres estará aún en formación...lo lógico es que se

fortalecer la posición del cónyuge superviviente, y sobre todo ante una medida hábil para la protección del incapaz y de los discapacitados.

En relación con el resto de la Ley 41/ 2003 en materia sucesoria, las conclusiones se resumen así:

- Debería haberse afrontado en ley aparte, con previo debate correspondiente, una reforma general del sistema legitimario del Código Civil.

- Las reformas puntuales abordadas en esta ley “con carácter general”, o sea, sin contemplar expresamente a las personas con discapacidad (arts.782, 821, 831) quedan fuera del contexto del sistema legitimario, como cuerpos extraños dentro del mismo, y de difícil aplicación práctica.

- Las modificaciones concretas realizadas en esta ley que contemplan expresamente a las personas con discapacidad (756,782, 808, 822, 831 y 1041 CC) tienen los mismos defectos que las del apartado anterior, y además son socialmente “segregadoras” y dejan fuera muchas personas con discapacidad (por ejemplo los no declarados judicialmente incapacitados en el caso del 782, y los de discapacidad leve –supongamos de un grado mínimo del 33%- o capacidad límite, en todo caso). Estos últimos defectos son generalizables a todo el resto de la Ley, especialmente al Patrimonio Protegido que se crea en la misma que, por todo ello, no es de esperar que tenga una suficiente aplicación en la práctica.

5.-ALCANCE E INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

Hemos concluido en que se trata de una disposición “anómala y extraña”, o si se quiere mejor, que presenta un carácter de “cuerpo extraño introducido en el Código Civil” (VALLET DE GOYTISOLO⁷⁹) y en consecuencia debe ser objeto de

otorguen uno a otro las facultades que contempla el artículo 831 CC. Con ello conseguirán que, en el supuesto de que la muerte sorprendiese pronto a uno de los padres, pueda, el que quede, solucionar los problemas del disminuido, contando éste ya, por el transcurso del tiempo, con unos elementos de juicio que al otorgar testamento el fallecido no se tenían. Ciertamente, antes de la reforma, el precepto originaba muchas dudas en su interpretación y dejaba muchas lagunas sin rellenar, lo que provocaba cierta inseguridad en el asesor testamentario, notario o no, que conllevaba a que este no aconsejara su utilización. Pero, después de la reforma, que ha venido a rellenar muchas de esas lagunas, posiblemente la única circunstancia que puede retraer algo a la hora de utilizar esta institución es su tratamiento poco claro en materia de liquidación del Impuesto de Sucesiones, al existir en este punto una laguna legal en la legislación de este impuesto, laguna que no ha rellenado tampoco el Reglamento de 8 de Noviembre de 1991 (ni la Ley 41/2003, hay que añadir). La doctrina se inclina por aplicar aquí el precepto que el artículo 33-8 del citado Reglamento dedica a una institución de perfiles análogos como es la fiducia aragonesa”.

⁷⁹VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por Manuel Albaladejo. Tomo XI- Editorial R.D.P. Edersa 1982. ISBN 84-7130-360-4 ISBN 84-7130-

interpretación restrictiva y excepcional (CASTAN TOBEÑAS⁸⁰, SECO CARO⁸¹, MORELL Y TERRY⁸²); como hemos comentado, se trata de una figura tomada de la fiducia sucesoria y de la fiducia colectiva aragonesa, del distribuidor de derecho balear, de la facultad de distribuir y designar del cónyuge supérstite de Derecho catalán, de la fiducia sucesoria y fiduciarios-comisarios navarros, y del comisario vizcaíno; entendemos por lo tanto, con GARRIDO DE PALMA⁸³, que cabe la posibilidad (criterio que acepta VALLET⁸⁴) de resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias de que pueda ser objeto el 831 CC, interpretándolo y en su caso integrándolo, por medio de la “inducción de los principios generales que se extraen y sirven de fundamento a dichas instituciones forales”.

Siguiendo a ROMERO GIRÓN⁸⁵, los términos de la Ley – “realizar mejoras y adjudicaciones o atribuciones de bienes por cualquier título o concepto sucesorio o particiones”-, son suficientes para estimar que puede encomendarse al cónyuge la partición de los bienes del testador con carácter general. En este sentido, de la Exposición de Motivos resulta que “el precepto permite no precipitar la partición de la herencia y aplazar la distribución de los bienes a un momento posterior.” De modo que el cónyuge fiduciario practica la partición de bienes del difunto, y no como contador-partidor, sino como si actuara el propio testador. La delegación incluye, por supuesto la facultad de mejorar o distribuir desigualmente, pues esa es precisamente la finalidad de la institución, en previsión de supuestos de discapacidad o cualesquiera otros. Y hay que entender por la propia dicción del artículo 831 CC, (dice “a favor de los hijos y descendientes”) que la facultad de mejorar incluye a los nietos. No hay más límite que la legítima estricta.

216-0 (Pág. 405-406).

⁸⁰CASTÁN TOBEÑAS, J. “Derecho Civil”, VI-volumen 2º- 8ª Edición. Madrid 1979. ISBN 84-290-1203. (página 593 y 594).

⁸¹SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (pags 79 y s.s.).

⁸²MORELL Y TERRY, J. “Mejoras”. R.G.L.J. 1893. Tomo 83, (Pág. 259 y s.s.). Tomo 84 (Pág. 315 a 325, en especial 274 y 143 a 157).

⁸³GARRIDO DE PALMA, V. M. GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil”. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R. J. Notariado 2005, nº 55 (Pág. 121 a 136). Publicado también en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Murcia 2004. (Pág. 2021 a 2029). (resulta del contexto de sus obras).

⁸⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B.. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056”, Revista General de Derecho-1946 (Pág. 673 y s.s.).

⁸⁵ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 C. C.: una aplicación práctica”. Diciembre 2005. (pags 222).

En consecuencia, los hijos y descendientes serán herederos en la proporción que resulte de la distribución hecha por el cónyuge fiduciario, sin que sea necesario decirlo así expresamente en el testamento del causante para entender efectuada la institución de heredero. Así pues, no se trata de una interpretación tan restrictiva, como en principio se podía suponer, sino al contrario, abierta a la inducción de las normas forales, lo que vaticina una integración del derecho civil.

En cuanto a las características de la norma, sin perjuicio de ir desarrollándolas a lo largo de nuestro estudio, se pueden resumir en:

1. Es de contenido complejo, que se extiende en dos fases diferenciadas: génesis del pacto y ejercicio de las facultades conferidas. El acto genérico es una disposición que con el nuevo precepto sólo podrá ser testamentaria (innovación), y por lo tanto *mortis causa* relativa a la sucesión del cónyuge que premuera.

2. El ejercicio de la facultad es de contenido fiduciario, pues consiste en una delegación que en la nueva redacción no deja lugar a dudas de su amplitud: posibilidad de mejorar (porciones desiguales entre los hijos comunes) y la de distribuir los bienes del difunto, lo que supone un poder particional amplísimo que supera con mucho las facultades del contador partidor del 1.057 C.c.

3. Es personalísima. Es una delegación o facultad que no se puede sustituir en otra persona o a su vez subdelegarla. El ejercicio de la facultad de distribuir es personalísimo debido a la propia naturaleza de la función. En este sentido, el artículo 282 del Fuero Nuevo de Navarra que califica la función del fiduciario-comisario como personalísima, aunque para su ejecución o formalización se pueda apoyar en otras personas, y esto, sólo si el constituyente lo autorizó específicamente. En el caso del 831 CC ocurre de la misma forma, aunque no lo mencione expresamente, ya que se deduce de la naturaleza de la facultad conferida.

Es reseñable la sustitución del criterio de “prudente arbitrio” por una regulación muy detallada de las formas de ejercicio de la facultad, si bien sigue estando presente en la interpretación de la amplitud de las facultades del fiduciario como veremos más adelante (capítulo X).

4. Ha desaparecido en la nueva redacción del precepto, la posibilidad de pactarlo en capitulaciones matrimoniales (lo veremos detenidamente en el capítulo VII), lo que significa:

1.- Que es una auténtica disposición *mortis causa* siempre revocable. Antiguamente

era cuestionada esta característica habida cuenta de que la modificación de las capitulaciones matrimoniales exigía otros condicionantes y confluencia de voluntades. Ya no hace falta utilizar los argumentos de que el poder conferido no era estipulación relativa al régimen económico matrimonial sino materia sucesoria; ahora no hay duda de su naturaleza *mortis causa*, pues sólo cabe conceder la facultad mediante testamento.

La revocación es unilateral (del testador), y puede realizarse de dos formas:

- expresamente, mediante la redacción de un nuevo testamento válido que revoque el anterior o la cláusula.

- tácitamente, haciendo otro testamento donde se detallan las mejoras o la partición en forma distinta.

Queda la duda de la facultad conferida al amparo de legislación anterior mediante capitulaciones matrimoniales, que desde luego por normas de derecho transitorio surtiría efectos.

En este caso, la revocación cabría a mi juicio, de forma unilateral y mediante otorgamiento de testamento posterior a esas capitulaciones (porque como hemos defendido antes, en ningún caso se trata de pacto sucesorio ni sucesión contractual).

Plantea GARRIDO MELERO⁸⁶ la posibilidad de que la revocación pueda realizarse en cualquier escritura pública aún distinta del testamento, pero relativa a esa disposición de última voluntad; en ese caso, para este autor sí cabría revocación unilateral distinta de la testamentaria. No comparto esta doctrina, porque el “encargo sucesorio” de derecho civil común (que debe llamarse “encargo de mejora o particional”) sólo cabe en testamento; y antiguamente en capitulaciones matrimoniales, que con la nueva redacción del art. 831 CC no cabe.

También cuestiona GARRIDO MELERO⁸⁷ la subsistencia del encargo de mejorar en el caso de que al otorgar nuevo testamento no se revocase específicamente la fiducia sucesoria; no comparto esta idea, ya que el otorgamiento de nuevo testamento deja sin efecto el anterior y todo su contenido (salvo disposiciones de filiación) a menos que por mención expresa se hubiese dejado subsistente la delegación de mejorar.

2.- No es precisa la reciprocidad, que tras la reforma de 2.003, ha quedado definitivamente suprimida. Además, apoya la idea que se sostiene de que no se trata de un pacto sucesorio. Así pues, no es necesario que ambos cónyuges se concedan

⁸⁶GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente More Uxorio”. Revista “La Notaria”, Julio-Agosto 1998 (pág. 35 a 124, en especial 37 y s.s.).

⁸⁷GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente More...” (Op cit, pág. 53 y s.s.).

recíprocamente esa facultad de mejorar, sino al contrario, se trata de una concesión esencialmente no recíproca.

CONCLUSIONES

1.- Ha cambiado la finalidad del artículo 831 CC. Si en sus orígenes perseguía la conservación de la disciplina doméstica, la cohesión familiar y el mantenimiento de la integridad de la explotación agrícola, pecuaria, fabril y empresarial, ahora, desde la reforma de 2003 (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de creación del patrimonio protegido y sobre protección de discapacitados y modificación del C.C. en materia de sucesiones y autotutela), la finalidad primordial es, a través de la ordenación de la sucesión del fallecido, la protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, y por ende, la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola indivisa, a favor de aquel o aquellos de sus descendientes que muestren a ojos del delegado, mayores aptitudes o dedicación a la misma (supera con creces las posibilidades de adjudicación que produce el artículo 1056.2 tras la reforma de 2003 de Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad Limitada Nueva Empresa).

2.- El legislador mantiene el precepto entre los que contienen la regulación de la mejora, probablemente por no alterar la sistemática del Código Civil, pero es evidente que el contenido del precepto es mucho más que una mera facultad de mejorar, e incluso tras la reforma de 2003, ha alcanzado la categoría de una auténtica fiducia sucesoria. El principio que recoge como norma general el artículo 830 CC, cuya excepción más importante era la delegación del artículo 831 CC, está parcialmente quebrado, de forma que la fiducia sucesoria pasa a ser una auténtica institución, que sin llegar a ser una regla general, diluye en gran medida la prohibición señalada por el 830 CC, que ahora es residual (fuera de las posibilidades de la Ley para delegar la facultad de mejorar, no caben otras).

3.- Sentado que la finalidad primordial del conjunto de la Ley 41/2003, de donde parte la redacción actual del 831 CC, es la protección patrimonial de los discapacitados a través de la ordenación de la sucesión postmuerte mediante esta forma de fiducia sucesoria, hay que resaltar que el precepto no menciona ni una sola vez a los incapacitados ni a los discapacitados, aunque en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 hace alusión expresa a esta nueva figura con esa finalidad precisamente. Esto

ha servido para que el precepto se utilice sin necesidad de la existencia de hijos o descendientes con los condicionamientos que la discapacidad o la incapacitación supone.

4.- Las críticas a la redacción del precepto se centran en que aparece como una larga relación de las cuestiones y problemas que había planteado la doctrina anterior en un artículo del Código Civil de cuño tradicional y antiguo, cuando lo procedente hubiera sido redactar una regulación sistemática y detallada de la fiducia, aunque para esto se hubiera tenido que desdoblarse la numeración del Código Civil.

5.- La delegación de la facultad de mejorar no es un pacto sucesorio ni tiene que ser recíproca; es unilateral, voluntaria y esencialmente revocable puesto que sólo se hace en testamento. Se trata de una facultad de disponer *mortis causa*, cuyo contenido excede de la facultad de partir. Se trata de un caso excepcional dentro del sistema del Código Civil. Hace excepciones a los artículos 1271.2º, 830, 1056 y 670, pero en general a todo el sistema de sucesiones del Código Civil.

6.- Supone el exponente más importante de la quiebra del principio de la intangibilidad de la legítima. Ya hubo antes otras incursiones que fueron cercenando esa intangibilidad, tales como la reforma de los artículos 840 y siguientes CC relativos al pago de la legítima en metálico (Ley 11/1981, de 13 de Mayo); la reforma del párrafo segundo del artículo 1056 CC para facilitar la transmisión indivisible de la empresa familiar (Ley 7/2003, de 1 de Abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa); y por fin, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre creación de patrimonio protegido y protección de discapacitados, que introdujo las dos excepciones más importantes a la intangibilidad de la legítima: la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta con sustitución fideicomisaria para la protección de los incapacitados (en los términos señalados por el artículo 808 CC); y la ampliación de las facultades de distribución y mejora del delegado del artículo 831 CC, que más que ampliar, dibuja una figura completamente nueva por su contenido de actuación.

Todo esto nos lleva a considerar que aceptamos las nuevas posturas doctrinales sobre la teoría de “la tangibilidad de la legítima en el sistema del Código Civil”.

7.- El artículo 831 CC debe ser objeto de una interpretación restrictiva y excepcional con la salvedad de todo aquello que beneficie a los incapacitados judicialmente y a los discapacitados en los términos que define la ley más del 65% discapacidad física, o del 33% discapacidad psíquica. Los hijos y descendientes serán herederos en la proporción

que resulte de la distribución hecha por el fiduciario sin que sea necesario expresarlo así en el testamento para entender efectuada la institución de heredero.

8.- Las características de la facultad son: 1º Es de contenido complejo. 2º El ejercicio de la facultad es de ejercicio fiduciario. 3º Es personalísima. 4º Se ha sustituido el criterio del prudente arbitrio por una regulación detallada de la forma de ejercicio, esto es, que no ofrece duda de su naturaleza *mortis causa*, revocable unilateralmente tanto en forma expresa como tácita –otorgamiento de un testamento posterior- y no precisa de reciprocidad entre los progenitores para su concesión, ni siquiera debe ser bilateral.

CAPÍTULO SEPTIMO (VII).- EL TESTAMENTO COMO GÉNESIS DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR Y DISTRIBUIR.

1.-EL TESTAMENTO COMO PRESUPUESTO DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR Y DISTRIBUIR.

Más que elemento de la génesis de la institución, se trata de un requisito previo o supuesto necesario para la existencia de la delegación de la facultad de mejorar y distribuir que nos ocupa, esto es de originar el proceso de la fiducia sucesoria del 831 CC.

La designación del documento en el que debería otorgarse la facultad, fue siempre una de las cosas que se ha visto modificada en todas y cada una de las redacciones que ha recibido el artículo 831 a lo largo de los años. Y es que la forma de instituir la fiducia o delegación, no ha sido siempre la misma, sino que ha variado con los diferentes textos que ha recibido el artículo 831.

2.- TEXTO EN EL CODIGO CIVIL DE 1889. Como ya hemos estudiado anteriormente, tiene su origen la delegación de la facultad de mejorar, en el originario texto de 1889: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”*, por lo tanto se exigía que la designación de fiduciario se llevase a cabo exclusivamente en las capitulaciones matrimoniales, y que la sucesión fuese intestada. Piénsese que se trataba de una época en la que las capitulaciones matrimoniales únicamente podían establecerse con anterioridad a la celebración del matrimonio y sin que con posterioridad a éste se pudiera producir ninguna modificación en ellas. Eran inalterables, tal cual un auténtico pacto sucesorio hecho en los capítulos. Precisamente, esta circunstancia pudo ser la que hizo de la figura algo decorativo y teórico, con rico contenido jurídico de carácter foral,

pero con muy poca utilidad práctica, debido a su escasa utilización. La fiducia sucesoria establecida a través de capitulaciones matrimoniales representaba una excepción a la regla del Código Civil de que la sucesión sólo podía deferirse por voluntad del causante cuando ésta se manifiesta por medio de testamento (artículo 658.1 Código Civil). Respecto de la parte de la herencia a la que afectase la delegación, era evidente que no jugaba la voluntad ordenadora del causante manifestada en su testamento, sino que operaba la voluntad del cónyuge viudo, manifestada a su vez por actos entre vivos o a través de su propio testamento (SIERRA PEREZ¹). Aunque cabría que esa voluntad estuviese limitada en las propias capitulaciones: los esposos podrán acordar limitar de alguna manera la facultad del cónyuge viudo, como por ejemplo, señalando que en caso de ejercitar la delegación ésta habría de favorecer únicamente a las hijas que pudieran tener, o bien que la mejora a realizar no podría afectar a determinados tipos de bienes, o lo que a los otorgantes de las capitulaciones se les ocurriera. No era lo habitual, pues era algo que podía conculcar las prohibiciones que se establecían para los pactos sucesorios. Pero lo cierto es que el artículo 831 CC en su versión original, no limitaba la autonomía de la voluntad de los capitulantes, siempre que se respetaran las legítimas, por lo tanto el causante en las capitulaciones podía fijar unos límites o condiciones para el ejercicio de esa facultad, con lo que aunque solamente operara la voluntad del cónyuge viudo lo haría siempre dentro del cauce que habría prefigurado el causante. Además, nada dice el precepto en su vieja redacción sobre que ambos capitulantes que se concedieran esas facultades, tuviesen que hacerlo en igualdad de condiciones.

En ese momento, la doctrina² se planteaba cuestiones como la posibilidad de que el otorgamiento se hiciese sólo por uno de los cónyuges en favor del otro, pero sin la exigencia de la reciprocidad, lo que era aceptado por la mayor parte de esa doctrina. En cuanto a la posibilidad de revocación, y ante la exigencia de que el causante no hubiera otorgado testamento, habría que entender que precisamente su otorgamiento

¹SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”. RCL, 2003, n ° 2695 (en THOMSON ARANZADI 2007) Revista de Derecho Patrimonial- Editorial Aranzadi. (Pág. 90 a 121), en especial pags 92 y 93).

²DIEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial 1982. (Pág. 412 y s.s.).

era la forma de revocar el nombramiento de fiduciario hecho en capitulaciones, por lo que las delegaciones subsistentes al momento de la apertura de la sucesión eran pocas.

3.- REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO DE 1975. Con esta reforma profunda del Código Civil, (Capitulaciones matrimoniales en cuanto a época de otorgamiento, posibilidad de revocación, modificación...) no se hace modificación alguna en la redacción originaria del art. 831 CC, pero los cambios jurídicos producidos en orden a los capítulos, revolucionan la aplicación y eficacia del precepto. Tras la modificación introducida en la regulación de las capitulaciones matrimoniales en 1975, en la que se abría la posibilidad de su otorgamiento con posteridad al matrimonio y por tanto también su modificación, aún sin alterarse el texto del art. 831 CC, se abrió un nuevo campo para la figura, ya que habría que entender, que la revocación de fiduciario podría hacerse tanto a través de esa modificación de capitulaciones matrimoniales, como otorgando un testamento (no fallecía ya intestado, y no tenía lugar uno de los presupuestos necesarios). Eran formas de modificar muy diferentes a las actuales, pues en las capitulaciones han de intervenir ambos cónyuges y también ambos deberían tener conocimiento del cambio efectuado, si bien el otorgamiento de un testamento hacía que el concedente no falleciese intestado, por lo que no funcionaba la delegación; mientras que con la forma que se acogió desde 1981, del testamento, bastaría con la voluntad del testador, y si no lo deseaba, su cónyuge no conocería que ya no tenía la facultad de delegar, hasta que muriese el otro. No obstante, como veremos más adelante, esto es discutible. Así pues, en este momento, el precepto que había estado dormido o aletargado (GARRIDO DE PALMA³), cobró su auténtica utilidad e importancia. Bien es cierto, que sentado que desde 2 de mayo de 1975 cabía la posibilidad de revocar el nombramiento, haciendo una modificación de las capitulaciones matrimoniales, se planteaba la cuestión de si el otorgante podía hacerlo de forma unilateral o si se precisaba la intervención y aceptación del cónyuge, lo que, como ya hemos dicho, no era una cuestión pacífica en absoluto. Entre los que participaron de la irrevocabilidad, se encontraban VALLET DE GOYTISOLO, VALVERDE, DE BUEN, y BONET RAMON, que sostenían que se trataba de una forma residual de pacto sucesorio de carácter *mortis causa*, excepción a la regla

³GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.D. Notarial 2005(nº 53) RSN n º 55 (Pág. 121-136). También publicado en Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Murcia 2004 (Pág. 2021 a 2029, en especial 2022 y 2023).

general de la prohibición; en contra SECO CARO, para quien era muy fácil la revocación, puesto que al exigirse la sucesión intestada, cabría con un testamento la revocación (expresa o tácita)). Sin embargo, tras la reforma de 1981, como veremos, este argumento quedó inútil al alterarse el término “intestado” por el de “otorgante”⁴. La conclusión es que con esta regulación cabía la revocación pero no de forma unilateral sino conjunta por ambos cónyuges.

4.- REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981. En la segunda redacción del artículo 831 (13 de mayo de 1981) se introdujo la posibilidad de que el nombramiento de fiduciario se hiciese en testamento, manteniéndose la anteriormente existente de su inclusión en las capitulaciones matrimoniales. Así pues, coexistían ambas. Rezaba el precepto: << *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar con ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes* >>. Lo más importante de esta reforma, fue la entrada del testamento como posible vehículo de la fiducia, en el sistema del CC en el que eran muy infrecuentes las capitulaciones, lo que hizo que la figura pudiera emplearse más. A ello se sumó la facilidad de cambiar el testamento, cosa que no sucedía igual con las capitulaciones matrimoniales, a pesar de las posibilidades incorporadas desde 1975.

Desaparece por tanto la necesidad de que el otorgante muriese intestado (obviamente si moría testado y había dispuesto incluso de la mejora, poco iba a ser el campo que le quedara al fiduciario, pero ciertamente no era preciso fallecer intestado). Los problemas que planteaba esta nueva redacción eran precisamente los relativos a la comparación entre ambas formas de designar fiduciario y si se planteaban o no diferencias en cuanto a la revocación. DÍEZ GOMEZ⁵, comentando el artículo según

⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por MANUEL DE ALBALADEJO, Edersa 1982, pag. 408; VALVERDE VALVERDE, C.; “Tratado de Derecho Civil Español” Tomo V. Valladolid, pag 285; DE BUEN, D. “Anotaciones a Colín y Capitant”. Curso Elemental de derecho Civil. Tomo VIII. Madrid, 1957, pag. 415; BONET RAMÓN, “Compendio de Derecho Civil” pag. 578; SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. Pag. 164 y siguientes.

⁵DÍEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial 1982. (Pág.

la redacción de 1981, señaló que en el caso en que la delegación se hiciese en capitulaciones matrimoniales, se trataría de una disposición *mortis causa* y por tanto de un pacto sucesorio que era siempre revocable por acto unilateral. Ciertamente, siguiendo a este autor, << intervienen ambos cónyuges o futuros cónyuges, pero en posición tan distinta que difícilmente puede hablarse de acto bilateral: uno de ellos delega y el otro —independientemente de que por su parte delegue o no se limita a estar presente, o todo lo más a quedar enterado; no acepta, porque la delegación no precisa aceptación, se usará o no, como el poder, pero se usa porque existe desde antes >>. La naturaleza de esa delegación hecha en capitulaciones era idéntica a la concedida en testamento: acto jurídico *mortis causa* unilateral. No obstante, entendía DIEZ GOMEZ (4), que las supuestas capitulaciones no vendrían a ser más que una forma especialísima de testamento que de *lege ferenda* sería preferible suprimir dejando como único vehículo para la delegación el testamento, lo que el legislador atendió más de veinte años después. Lo cierto es que además, es difícil imaginar unas capitulaciones en las que uno otorga delegación y el otro no (quizás en algún caso especial como el de matrimonio con una grandísima diferencia de edad, en el que el cónyuge mas añoso delegue en el otro, y el otro no lo haga).

De forma totalmente contraria a estas afirmaciones se manifestaba MIQUEL GONZÁLEZ⁶ que se expresó en el sentido de que no le parecía admisible que estas capitulaciones pudiesen considerarse un verdadero testamento en forma especial o en todo caso una disposición *mortis causa* válida. Lo primero era inadmisibile por el artículo 669, lo segundo tenía en contra el artículo 738. Continuó diciendo que la facultad ordenada en testamento sería revocable por medio de otro testamento sin necesidad de que el testador dispusiese de sus bienes. La delegación realizada en capitulaciones matrimoniales, no parece que pudiese ser revocada unilateralmente, pero esto, no era argumento para que sí lo fuese la ordenada en testamento, porque la forma y la estructura del negocio implicaba un régimen jurídico diverso y la sustitución de las palabras "pactarse" por "ordenarse" no podía tener el alcance de negar la bilateralidad de las capitulaciones. No cabía que las capitulaciones fuesen bilaterales y unilaterales al mismo tiempo. Son bilaterales y como tales requieren el

412 y s.s.).

⁶MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. "Comentario al artículo 831" en "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia". Volumen II. Editorial Tecnos- Madrid 1984 (Pág. 131).

acuerdo de ambos cónyuges para su modificación. Otra cosa completamente distinta es que por el carácter preventivo de la delegación, se prive a ésta de aplicación al disponer el delegante de todos sus bienes en un testamento ulterior; aquí no se había producido la revocación de la delegación, sino simplemente, se evitaba la producción del supuesto de hecho necesario según la norma del artículo 831. En definitiva, este autor (MIQUEL GONZALEZ-5) no admitía la revocación unilateral de la delegación concedida en capitulaciones matrimoniales.

Así pues, en principio, si el otorgamiento se produjo en capitulaciones matrimoniales, solo la modificación de estas por otras capitulaciones podría revocar o alterar la fiducia pactada, por lo que requeriría el consentimiento de ambos cónyuges contratantes. En conclusión era bilateral.

De esta forma, la introducción de la doble posibilidad de establecer la delegación, a través de capitulaciones matrimoniales y de testamento, constituyó una cuestión no pacífica entre la doctrina, como veremos, y puso sobre la mesa numerosos problemas de interpretación de la norma, en cuya resolución hay un evidente desacuerdo entre los distintos autores, sobre todo en lo relativo a la revocación.

La reforma de 13 de mayo de 1981 fue ya innovadora, porque no solo dio una nueva redacción al artículo 831 del Código Civil, sino que además abrió un nuevo espectro a la génesis de esta fiducia, al acoger el testamento como forma apta para reconocer o conceder al cónyuge la facultad de mejorar. Fue una importante innovación, sobre todo por la influencia que tuvo veinte años después en la redacción que conocemos de 2003. Desde la entrada en vigor de aquella ley de 1981, eran dos los instrumentos en los que se podía conceder la facultad de distribución y mejora: las capitulaciones matrimoniales y el testamento; instrumentos distintos por los requisitos de su otorgamiento de esos y por sus efectos; pero sobre todo por la naturaleza y facilidad de su revocación. Se acoge el testamento un siglo después de las observaciones en este sentido formuladas por los juristas PAJARES y RIPOLL al artículo 816 del Anteproyecto de 1882 (BERMEJO PUMAR⁷), y más de dos décadas

⁷BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (la mejora a favor del cónyuge). Tesis de 1999. Publicación del Consejo General del Notariado 2001. ISBN 84-95176-08-4. (pag 199 y siguientes) Esgrime esta autora que las razones para que la concesión de la facultad no lo fuese en testamento eran: “evitar la contradicción que en otro caso se daría entre los artículos 816 (mejora por el cónyuge) y 809 (art. 824 del Código, gravámenes sobre la mejora), de no interpretarse este último como se hace, referido a los gravámenes en testamento y no a los impuestos en actos eficaces entre vivos, como sería el caso de la delegación hecha en capitulaciones”. Lo mismo cabría interpretar en relación con el artículo 824 del Código, de no ser que

después, se convierte el testamento en el único vehículo hábil para la institución de esta fiducia sucesoria. Así pues, la posición del cónyuge viudo varió con respecto a la legislación originaria.

La reforma legal de 13 de mayo de 1981, se hizo sin tener en consideración la evolución de la posición del viudo en el Código de 1889 hasta ese momento (por ejemplo, el diferente tratamiento de sus derechos en caso de segundas nupcias), y, también, sin conocimiento de las consecuencias reales de aplicación de la norma. Por eso la mejora que el viudo podía hacer en los bienes del premuerto originaba numerosas dudas de conciliación de esta facultad con otras, que no desaparecieron con el reconocimiento de esta facultad en un testamento. Lo cierto es que convivieron las dos formas durante más de veinte años, y ni siquiera eso sirvió para despertar la institución de su letargo; y eso que las capitulaciones, como hemos expuesto, ya desde 1975, podían otorgarse antes o después del matrimonio, y ser revocadas posteriormente; y el testamento siempre fue un instrumento de fácil otorgamiento habida cuenta el fácil acceso de la sociedad, incluso la rural, a los profesionales del notariado, institución cercana al pueblo y ávida de sugerir este tipo de figuras como solución a los problemas y conflictos de las familias.

A pesar de todo esto, parte de la doctrina (SANCHEZ ROMAN⁸) se preguntó por el sentido de la reforma de 1981, que no vio nunca clara. Sin embargo, eran varias las razones por las que el testamento resultaba apto para conceder la facultad (BERMEJO PUMAR⁹). Entre otras, por las siguientes: habían desaparecido aquellas que históricamente pudieron hacer necesaria esta medida a favor del cónyuge por la falta de derechos seguros para el mismo, tanto sustantivos como procesales; la opinión más común admitió la coexistencia de la facultad con el testamento que daba lugar a la apertura de la sucesión intestada: es decir, se interpretaba la sucesión intestada del 831 referida a todos los supuestos del 912; por ejemplo, porque el testamento hubiere sido declarado nulo o hubiese perdido su validez, o porque no contuviese institución de heredero respecto de todo o parte de los bienes de la herencia, en cuyo caso la sucesión legítima (intestada) tendría lugar respecto de los bienes de los que no se hubiere

de este último se pueda intentar una interpretación diferente, como sostiene esta autora.

⁸SANCHEZ ROMAN, F. "Estudios de Derecho Civil español" Tomo VI. Volumen 2º. Pag. 1215 y siguientes.

⁹BERMEJO PUMAR, M. M. "El Artículo 831 del código Civil". Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag 201 y siguientes)

dispuesto, o falta de la condición impuesta a la institución de heredero, o éste moría antes que el testador, o repudió la herencia sin que hubiere sustituto o sin lugar al derecho de acrecer, o porque el heredero era incapaz para suceder; pero en definitiva, todas estas situaciones eran rebuscadas y la interpretación así dada al 831 en relación con el 912, muy poco práctica.

Además, dada la ubicación y el lugar en el que se regula la facultad del viudo, se facilita que se vea en ella un acto testamentario más que capitular en sentido material (esto era más discutido).

Por último, las sucesivas reformas a las que se sometió el régimen económico matrimonial fueron un motivo más para justificar que la delegación debiera preverse o concederse en el testamento, vehículo de mayor fiabilidad por su acceso y fácil revocación en su caso.

El artículo 831 CC se convirtió de repente, en una norma dinámica por lo que el recurso a uno u otro instrumento dependía del uso que se pretendiese hacer de la delegación de la facultad, y en atención a estos posibles efectos debían deducirse las reglas de capacidad que se seguirían en el otorgamiento. Por esto no parece absurdo que la doctrina se preguntase por la posibilidad de conceder esta facultad en otro instrumento distinto de los previstos en la ley (BERMEJO PUMAR¹⁰). DÍEZ GÓMEZ¹¹ sostuvo entonces: «no hay ninguna necesidad de calificar el instrumento que contuviera únicamente la delegación como capitulaciones matrimoniales —también sería la exigencia de una fórmula sacramental—. Es más, pensamos que calificado sencillamente de delegación de la facultad de mejorar sería más adecuado. Tampoco es muy exacto decir que, como se trata de unas capitulaciones la delegación así hecha lleva implícita la *conditio iuris* “*si nuptiae fuerant seculae*”: primero porque tal condición no puede predicarse de la delegación en testamento, y, en definitiva, porque lo que hay es una exigencia subjetiva —que el delegatario sea cónyuge del delegante— que se da en otros muchos casos».

La doctrina, inevitablemente analizó los requisitos y efectos especiales de los dos únicos instrumentos que se admitían entonces, para ver qué había de común en ellos y por tanto de imprescindible en las formas de conceder la facultad de mejorar que la ley

¹⁰BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag 202 y siguientes)

¹¹DÍEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 412 y s.s.).

admitía, así como cuál de ellos daba soluciones más acordes y útiles para la organización sucesoria y familiar.

Las diferencias entre la concesión en testamento o en capitulaciones, no sólo eran formales, sino también sustantivas: las reglas por las que se regía la interpretación de la voluntad del disponente eran distintas en los testamentos (voluntad soberana del testador, que es la ley de la sucesión) que en los actos entre vivos (reglas de interpretación de los contratos, con la reciprocidad de intereses y prestaciones). La reforma de 13 de mayo de 1981 (que no resolvió los conflictos con otras normas ni reparó en contradicciones actuales) introdujo un motivo más para la reflexión cuando admitía la concesión de la facultad de mejorar en el acto por el que se organizaba la herencia, lo que podría ser interpretado como la voluntad real manifiesta del testador frente a cualquier otra facultad u opción concedida a cualquier otro por norma presunta de aquella voluntad, soberana ley de la sucesión. A la hora de interpretar la del causante en el precedente 663 del Proyecto, podría defenderse que el reconocimiento del poder distribuir (desigualar cualitativamente) y después (por orden de aparición en las actas de la Comisión) de mejorar (desigualar cuantitativamente) eran la garantía de la efectividad de las mejoras y promesas pactadas en el mismo instrumento, o en atención a las circunstancias del momento en que se otorgó el acto entre vivos. Pero de la previsión testamentaria se pueden extraer otras consecuencias, como las que dependen del ánimo y voluntad del testador según el momento del otorgamiento. (BERMEJO PUMAR¹²).

En segundo lugar, la redacción originaria del 831 establecía como presupuesto que la sucesión fuera intestada (lo que fue eliminado con la reforma de 1981). Con lo que la delegación parecía responder a la idea de pacto preventivo sucesorio. Sin embargo, el presupuesto se interpretó por los prácticos de forma poco exigente, porque no era posible de otra forma, ya que si no, el precepto había nacido muerto. El cambio sustancial en la génesis de la norma (entre las de mejora) y en la evolución posterior de los derechos del cónyuge (forzosos en la testada e intestada) facilitaban una mayor amplitud de efectos. La mejora era necesariamente compatible con la sucesión testada e intestada, y la delegación, por lo tanto, también.

La diferencia entre la adopción de una y otra forma de delegar no era la de que

¹²BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (la mejora a favor del cónyuge). (Op. Cit. pag 203 y siguientes)

siendo intestada la sucesión, el cónyuge podía instituir. Con este artículo no se evitaba la vocación legal ni la declaración de herederos *ab intestato*, que se realiza hoy ante notario. La alusión a los “desastrosos juicios de testamentaría” a los que se refiere GARCÍA GOYENA¹³ lo era respecto de los procedimientos de división del caudal — las normas de aquéllas se aplicaban por remisión a las sucesiones *ab intestato*—. De este comentario no podía extraerse la conclusión de que en la mente de uno de los padres del artículo estuviese la idea de que la declaración de herederos *ab intestato* fuese innecesaria, sino todo lo contrario (BERMEJO PUMAR¹⁴). Los actos del cónyuge lo eran sólo de adjudicación de bienes. Podrían no ser necesarios otros y, por eso, podrá parecer discutible el reconocimiento indirecto de este poder en el cónyuge, como las donaciones *post obitum* producían en la Edad Media el efecto de evitar el llamamiento. Pero las donaciones-partición efectuadas por el causante en vida hicieron igualmente innecesaria la designación de heredero, sin que por eso se confundiesen uno y otro tipo de actos. Estas adjudicaciones hechas en vida por el causante no evitaban la declaración de herederos *ab intestato*. Por lo mismo, las adjudicaciones que hacían los cónyuges en uso de la facultad¹⁵, en vida del causante, podrían hacer innecesario recurrir a la designación, sin que eso quiera decir que el cónyuge pudiese instituir heredero, que desde luego no podía. En otro caso, para el normal ejercicio de la facultad, una vez fallecido el concedente-causante, siempre era necesario acreditar la condición de descendiente común. En orden a las facultades de acuerdo con la redacción actual del 831 CC, lo analizaremos detenidamente en capítulos posteriores.

En otro orden de cosas, la reforma de 13 de mayo de 1981 introdujo otra modificación, que sólo en parte parecía ser consecuencia necesaria de los cambios operados. Esta es la ampliación de los límites a las facultades del cónyuge. Antes de 1981, el texto originario se limitaba a decir que el cónyuge podía distribuir y mejorar «sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado». Tras la reforma de 1981, debía respetar no sólo las legítimas sino también las mejoras, se suprimía las hechas en vida, la sucesión podía ser testada, pero se añadió un matiz: «y demás disposiciones del causante», frase con la que parecía referirse a cualquier otra disposición fuese o no testamentaria. El Código no estableció de forma expresa la

¹³GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios al Proyecto de Código Civil”. (Tomo II- Edición de Madrid en 1852) (Reimpreso y reeditado en Zaragoza 1974) (Pág. 108 y s.s.).

¹⁴BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras...” (Op. Cit. pag 205 y siguientes)

¹⁵ Lo hacían en vida de ambos, como preparación al ejercicio futuro de la facultad.

preferencia de lo pactado en capitulaciones a lo establecido en el testamento. Lo que produjo las diferencias doctrinales que veremos. Ni antes ni con la nueva redacción del artículo 831 se pudo entender que el pacto en capitulaciones se antepusiera a los actos de disposición posteriores aunque fuesen unilaterales, pero no fue simple sostener que el cónyuge facultado en virtud de un pacto estuviese obligado a respetarlos en todo caso y sin salvedad (BERMEJO PUMAR¹⁶).

En consideración de ROJAS MONTES¹⁷ sobre aquella redacción de 1981, «lo único que demuestra la reforma, al ampliar el ámbito del artículo a la sucesión testada, es que la modificación de la facultad de mejorar en capitulaciones no tiene que ser recíproca y que el pacto es revocable unilateralmente». Pero, antes de la reforma de 1981, se sostenía que la reciprocidad no era requisito ineludible y ya entonces, antes de la reforma, no se consideraba irrevocable; MANRESA NAVARRO¹⁸, para la situación anterior a 1981, admitía, también, que pudiese dejarse sin efecto el pacto con un testamento posterior. Disiente BERMEJO PUMAR¹⁹, que considera una utilización del término equivocada, a su juicio.

Entendemos, a nuestro juicio, que la revocación de las fiducias concedidas conforme el texto del 831 en la redacción de 13 de mayo de 1981, dependía del vehículo que hubiere sido utilizado. Si el medio utilizado fue el de las capitulaciones matrimoniales, la revocación procedería por otras capitulaciones modificadoras, o en su caso, al menos una escritura pública en la que sin alterarse forzosamente el régimen económico matrimonial se revocase bilateralmente la delegación que había sido conferida. Y esto debe ser así aun cuando la concesión hubiese sido unilateralmente concedida por tan solo un cónyuge a favor del otro, porque aunque no es recíprocamente atendida, solo por su forma de concesión –escritura pública de capitulaciones matrimoniales-, estamos ante algo que participa ciertamente de la naturaleza de los pactos sucesorios. En primer lugar, por su forma, que es el documento público notarial, y no cualquiera, sino la escritura auténtica y ejecutiva. En segundo

¹⁶BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (la mejora a favor del cónyuge). (Op. Cit. pag 206 y siguientes)

¹⁷ROJAS MONTES, L. “Efecto frente a terceros de la modificación de capitulaciones”. (Anuario de la Academia Matritense del Notariado) Tomo XXVI, pág. 309 y s.s

¹⁸MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil español”. Madrid 1951. Tomo VI (Pág. 829 y s.s.) y “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme las bases aprobadas por la Ley de 21 de Junio de 1880. Tomo IV (Pág. 455-456-457).

¹⁹BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (la mejora a favor del cónyuge). (Op. Cit. pag 207 y siguientes)

lugar, porque a la concesión concurrieron prestando su consentimiento ambos cónyuges, que son los otorgantes de las capitulaciones. Además, existieron capitulaciones en que nada se pactó respecto el régimen económico matrimonial y sin embargo, se otorgaron con la única finalidad de pactar la delegación del art 831. Más aun, en el caso de que en capitulaciones se hubiese pactado la concesión mutua entre los cónyuges de la fiducia sucesoria, porque en este caso fue recíproca y lo fue una en atención de la otra respectivamente, por lo que constituyó un auténtico contrato sucesorio. De hecho, siempre ha sido considerado docentemente como una de las excepciones especiales a la prohibición de pactos y contratos sucesorios en el Derecho civil común. Cuando la fiducia se concedió en un testamento, la revocación debe ser en los mismos términos que se revocan los testamentos, esto es por otro posterior perfecto en el que otra cosa se haya establecido o sin decir nada al respecto sobre la fiducia, lo que supondría la revocación, en este caso unilateral, de la misma.

La última cuestión sobre este punto, es la de si cabría entonces la revocación de una fiducia concedida por otra vía; esto es, la fiducia pactada en capítulos, que se revoca mediante testamento, o la que se concedió en testamento, que se intenta revocar en capitulaciones. En el primer caso, debemos decantarnos por la imposibilidad de hacerlo, ya que al haberse hecho de forma bilateral, la misma se exigirá para su modificación, con el concurso del otro cónyuge, esto es en otras capitulaciones o al menos en una escritura pública –por mantenimiento de la forma solemne-en que se revoque aquella fiducia conferida en capítulos. En el segundo caso, es inútil e inócua, ya que si se desea revocar una delegación concedida en testamento, más fácil será hacerlo por el mismo medio -que exige la única voluntad del testador aunque con sus formas solemnes- que el recabar el consentimiento del otro cónyuge en otra escritura pública, sea o no de capitulaciones. La misma comparecencia ante un Notario se hará más ágil y fácil para la realización de un acto unilateral.

No obstante, en la práctica notarial, existieron delegaciones de mejorar y distribuir concedidas en capitulaciones, en las que como cláusula especial, se pactaba o autorizaba por el fiduciario a la revocación unilateral por parte del cónyuge concedente en su testamento, produciendo entonces esa revocación unilateral *mortis causa*, todos sus efectos.

Después de esta modificación del artículo la concesión no tenía, desde luego, que ser recíproca; pero no era indiscutible el que, en todo caso, fuese revocable. Nada en

principio y conforme al texto legal impedía que la delegación otorgada en capitulaciones pudiera verse desprovista de contenido sin necesidad de comunicarlo al cónyuge delegado; y si bien la concesión de la facultad de mejorar atribuida de forma genérica, sin atender a un interés particular, respondía a las notas de mera previsión, la correlación que podía darse entre las disposiciones aconsejaban, conforme a la buena fe, una solución similar a la legal para actos de disposición *mortis causa* efectuados conjuntamente por marido y mujer, como era el caso del testamento mancomunado allí donde se admitía. El conocimiento de la concesión de la facultad por el favorecido con ella no era irrelevante; por esto mismo uno y otro instrumento estaban sujetos a reglas distintas sobre ineficacia del acto: ninguna persona podía, en vida del testador, impugnar el testamento, pero sí las capitulaciones matrimoniales. El conocimiento por parte del delegado de la facultad que le fue conferida planteó también la cuestión de la validez y eficacia de una posible renuncia. En contra de la eficacia de esta renuncia se invocaron los artículos 1.271, 991, 833 todos del Código Civil, y el principio de que si la concesión era revocable regía la voluntad del causante con independencia de la del favorecido. Si era irrevocable de acuerdo con lo expuesto más arriba, el causante podía persistir en su voluntad de conferir la facultad en el cónyuge aunque éste no cumpliera el pacto o renunciase.

BERMEJO PUMAR²⁰, recoge los elementos comunes de ambas figuras: El testamento y las capitulaciones matrimoniales son instrumentos diferentes, pero uno y otro responden a notas comunes que los distinguen de cualquier otro documento: a) lo son *ad solemnitatem*, incluso el testamento ológrafo (ya que necesita adveración y protocolización) no excluido en el texto de la ley; b) la formalización de estos dos instrumentos se rige por normas especiales y a estas formas se le atribuyen efectos propios; c) las dos se rigen por el principio personalista a excepción del emisario en caso de capitulaciones; d) en los dos casos, la formalización se hace en previsión de hechos futuros; e) en los dos casos se trata de reglamentar la vida o destino de un patrimonio en su conjunto, lo que confiere a los dos instrumentos el carácter de negocio marco, aunque la posible variedad de su contenido responde a dos presupuestos distintos en cada caso: muerte, en el testamento, y la comunidad de intereses, en el de

²⁰BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...”(Op. Cit. pag 207 y siguientes)

las capitulaciones matrimoniales; f) y, por la misma razón de ser actos en previsión de hechos futuros que afectan a terceros, se asegura su cumplimiento con la publicidad de su otorgamiento en Registros Públicos.

Pero existen también diferencias entre estos dos tipos formales, las capitulaciones matrimoniales y el testamento: a) Las normas sobre capacidad, contenido y forma, que regulan el otorgamiento, son distintas en uno y otro caso; b) los fines a los que sirven, también; c) en su consecuencia, difieren los efectos que el ordenamiento les atribuye (los despliegan en momentos distintos); d) las capitulaciones son negocios bilaterales o plurilaterales; y unilateral el testamento; e) en Derecho de Sucesiones, prima la voluntad del causante, mientras que en el Derecho económico matrimonial, se trata de conciliar voluntades distintas; f) y la pérdida de eficacia se rige también por normas diferentes.

La adopción de uno de los dos instrumentos que conforme la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, estaban reconocidos en el artículo 831 parecía trascendente. Sin embargo, las desigualdades que existían entre ellos por principios y efectos, hacían de todo menos facilitar la equiparación entre ambos a la exigencia de la forma como acto solemne, que producía efectos respecto de terceros y en el futuro.

Son argumentos a favor de la adopción de las dos únicas formas admitidas en el artículo 831, aquellos que se extraen de las enseñanzas de BETTI²¹ sobre el valor de la forma negocial. La forma, en éste como en otros casos, responde a que el contenido del negocio de concesión de este poder jurídico tiene un carácter normativo (BERMEJO PUMAR²²). Respecto de estos, la forma asume normalmente una función constitutiva y el contenido no será influyente y válido en una forma diferente. Esta misma razón sirve para valorar la forma de los actos del causante que deban ser respetados por el cónyuge delegado. El valor de documento solemne de los actos a que se refiere el art. 831 puede responder, a la necesidad de prueba en el tiempo que exige este tipo de concesión. La prueba documental se diferencia de otras en que sirven a razones de distancia cronológica entre el acto que origina el efecto y el efecto representativo del mismo. En este sentido BETTI²³ define el documento como: «una cosa que, formada en presencia

²¹BETTI, E. “Teoría General del Negocio Jurídico”. (Op. Cit. ág. 110 y s.s.).

²²BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag 200 y siguientes)

²³BETTI, E. “Teoría General del Negocio Jurídico”. (Op. Cit. Pág. 111).

de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a distancia de tiempo». Otra razón más en defensa de la forma es la de que el otorgamiento de un determinado tipo de instrumento sirve para valorar la seriedad de la voluntad en la realización del acto. La forma como manera de valorar un comportamiento. Cualquiera de las razones expuestas avalaría la exigencia de documento solemne para el otorgamiento de esta facultad. Y este es el camino que ha seguido el legislador de 2003, al escoger como forma de la concesión de la fiducia sucesoria, (esta vez, ya no es tan solo una facultad de distribución y mejora), la testamentaria, que como veremos a continuación, es la más apropiada solemne, práctica y de fácil acceso y revocación en su caso.

La posibilidad de otras formas diferentes a las previstas en la redacción actual, al igual que lo fue en su día con la reforma de 1981, hoy, con la de 2003, sigue siendo cuestionable. En conclusión, para BETTI²⁴ se trataría de averiguar si en la vida de relación, el acto de concesión de este poder jurídico es identificable por los otros a través de formas distintas a estas dos previstas, teniendo en cuenta, sobre todo, la naturaleza *mortis causa* del acto en lo que supone manifestación de una voluntad personal.

La ley parece excluir la libertad de elección de forma, pero quizás se vea desbordada esta pretensión del legislador, pues a través de cualquier otra se puede dar cauce a la voluntad del concedente como elemento de un negocio distinto de los señalados y de configuración independiente a este negocio-instrumento. La intervención de otra persona diferente al causante (tercero o parte) en la sucesión, se da, como consecuencia, en aquellos otros supuestos que hemos mencionado en el capítulo dedicado a la mejora. Así, la donación, a pesar de su trascendencia sucesoria y el requisito subjetivo para su validez que impone la ley, se puede otorgar por poder.

Como concluye BERMEJO PUMAR²⁵, “si el acto es sobre un bien determinado y la delegación de mejorar sólo se concede *en* este bien, es elemento de su régimen y de su destino, por eso, en principio, parece innecesaria otra forma que haga reconocible la existencia de esta facultad frente a terceros, que la escritura en el que se instrumente la titularidad del bien”. Esta misma autora, estima el valor del documento solemne de los

²⁴BETTI, E. “Teoría General del Negocio Jurídico”. (Op. Cit. ág. 110 y s.s.).

²⁵BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag 208 y siguientes)

actos a que se refiere el art. 831 como determinante, y a su juicio, puede responder también, a la necesidad de prueba en el tiempo que exige este tipo de concesión. La prueba documental se diferencia de otras en que sirven a razones de distancia cronológica entre el acto que origina el efecto y el efecto representativo del mismo.

Así, para el testamento, se exigen formas estrictas y solemnes que cuando faltan o incurren en defecto los anulan, y sin embargo, el mismo Código Civil, no exige unidad de acto para otorgar pactos sucesorios, por lo que aun siéndolo aquél por el que se concede la facultad, los artículos 825, 826 y 827 ofrecen argumentos para no considerar exigible el requisito de unidad de acto en los pactos de mejora y que éstos deban ser otorgados por todas las partes a la vez. Pero esto, no lo ha tenido en cuenta el legislador de 2003, lo que a mi juicio es loable, porque la concesión de la fiducia sucesoria, es lo suficientemente importante como para que se rodee al acto de concesión de las solemnidades legales necesarias, que garanticen que los otorgantes conocen y están informados suficientemente de la trascendencia de la concesión y delegación que hacen. En este sentido, recoge BERMEJO PUMAR (20) que uno de los cónyuges podría conceder por sí esta facultad al otro al que se le pone en su conocimiento en acto posterior, bien para que lo acepte o sólo para que conozca la concesión. Pero esté o no dirigido a ponerla en conocimiento del otro cónyuge a quien se concede, al instrumento unilateral, aunque contenga esta única previsión, en atención a aquellos argumentos indicados más arriba sobre el valor de la forma, habrá que darle un cauce idéntico a los actos por causa de muerte al ser acto en previsión de la muerte de quien lo otorga, y deberá hacerse constar en el Registro General de Actos de Última Voluntad con los requisitos de identidad del causante que se exigen para el testamento (acto que surte efectos cuando el otorgante falleció).

El artículo 667 del Código Civil define el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. El 831 es una forma de someter y por eso de remitir al arbitrio de otro la realización de actos de disposición, sin que deje de haber una sola sucesión, por lo que como hemos estudiado antes, supone una severa excepción. El acto unilateral que tenga por único contenido esta previsión de atribuir al cónyuge la facultad de distribuir y mejorar merece la calificación de testamento sujeto a los requisitos de capacidad y forma de éste. La misma doctrina que prosperó en Italia sobre la idea de testamento en sentido amplio al interpretar el 587 del Código de aquel Estado, podría utilizarse en defensa de

la calificación como testamento del acto unilateral que sólo contenga la delegación, siendo reiterada la jurisprudencia que insiste en que es innecesaria la institución de heredero para la validez del testamento. Con todo, el art. 831 se ocupa de una facultad de carácter patrimonial y por eso no es ajena al contenido que para el testamento legal tipo predica el artículo 667 del Código Civil. Los requisitos de capacidad y forma impuestos para testar, son exigibles para la concesión y para la revocación de esta facultad aunque sea el único contenido del instrumento unilateral.

Y si bien el instrumento con este único contenido nos merece esta calificación y debe ser sometido a las mismas formalidades y constancia de un testamento, sin embargo, no creemos que responda totalmente al régimen de este acto. Así, la no mención de los hijos o descendientes no se considerará preterición a efectos de lo dispuesto en el número 1º del apartado segundo del artículo 814 (siempre que todos los hijos del causante fueran comunes). El propio destino último de los bienes en uso de la facultad supone que no hubo voluntad de omitir. El error no radica en que ignore la existencia de los legitimarios omitidos, sino en la creencia de que no es necesaria su mención. Mientras que, como dice CÁMARA ÁLVAREZ²⁶, la trascendencia de la preterición errónea se orienta, además (de salvaguardar la legítima) en otro sentido. Se trata no tanto o no sólo de asegurar al heredero forzoso omitido la percepción de su legítima, sino de rectificar o de anular el testamento bajo la presuposición de que el testador no habría testado como lo hizo de haber contado con el heredero preterido.

La falta de mención en el testamento que tenga este único contenido (delegar) exige la apertura de la sucesión *ab intestato*. En cualquier caso, la posible razón de la omisión será decisiva para valorar la voluntad del causante (por ejemplo, se concede la facultad omitiendo a los hijos de un matrimonio anterior, o cuando exista razón para pensar que el testador creía fallecidos al o a los omitidos). Pero, en principio, la falta de mención en el testamento en el que se conceda unilateralmente la facultad de mejorar y distribuir estaría entre los que tienen cabida en el número 2 del artículo 912 del Código Civil. El llamamiento lo será en lo definitivamente no dispuesto, es decir, en la legítima estricta, sin que deba considerarse nula la delegación. Solución conforme con el artículo 814. 2 CC.

²⁶CÁMARA ÁLVAREZ, M. "Compendio de Derecho Sucesorio". 1990. Distribuciones de la Ley. 3ª Edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radío. (Pag. 184)

Estas, son razones más que suficientes para sostener la oportunidad y necesidad de la forma testamentaria en el otorgamiento de esta facultad de mejorar y distribuir, que definitivamente consideraré como fiducia sucesoria.

Con la antigua redacción de 13 de mayo de 1981, se planteaban las dudas doctrinales propias de quienes entendían que no solo las capitulaciones y el testamento eran las formas posibles de concesión de esta facultad. Sobre todo cuando era posible (sin restricciones derivadas de prohibiciones concretas, como era la de donarse los cónyuges entre sí bienes durante el matrimonio), que los cónyuges pudiesen celebrar cualquier contrato y también el oneroso que diera origen a la mejora irrevocable. Es contrato oneroso aquél en que las recíprocas prestaciones tuviesen por objeto la obligación de que cada uno de los contratantes mejorase en la sucesión del otro. La contraprestación a la obligación de mejorar a efectos del 827 CC no tenía por qué consistir en una prestación económica inmediata, aunque sí evaluable (BERMEJO PUMAR²⁷).

El otorgamiento de esa facultad en capitulaciones, también planteaba otros problemas: los de que el 831 CC no especificaba a qué capitulaciones se refería, por lo que podía entenderse que se podía conceder la facultad en aquellas que tuviesen por causa un matrimonio diferente al del concedente y concesionario de la facultad. Caso extraño, pero piénsese en las capitulaciones de los padres de uno u otro de los cónyuges, en sede de heredamientos de zonas de Derecho Foral, en que los pactos sucesorios se integran a través de esas formas capitulares, y en los que se imponían condiciones y obligaciones a esos pactos. Se trataba de un acto, que aun en las capitulaciones matrimoniales, no obedecía a la estipulación de ningún régimen matrimonial, como podían ser las donaciones por razón de matrimonio hechas sin consideración a las previsiones económicas del matrimonio capitulante. Además, la delegación también podría servir, sin ningún obstáculo, como reserva para mejorar o revocar la mejora hecha en capitulaciones al hijo o hija cuyo matrimonio era la razón de aquellas. Los pactos de mejora y las mejoras en capitulaciones matrimoniales, no eran las hechas por los contrayentes, sino por los ascendientes respectivos. Pero esto ya no se plantea con la única forma de concesión a través del vehículo del testamento y

²⁷BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag 199 y siguientes)

por lo tanto todas estas cuestiones doctrinales son historia.

Para la doctrina, la razón fundamental de la escasa aplicación práctica del artículo 831 CC era la inmutabilidad de lo estipulado en capitulaciones matrimoniales hasta la reforma de 1975 (que como hemos apuntado anteriormente eran inalterables) por lo que el régimen matrimonial pactado se petrificaba; así pues, el artículo 831 CC no aclaraba en qué capitulaciones debería hacerse la delegación y entendía que en aquellas otorgadas en atención al matrimonio del delegado y delegante. Con este razonamiento la falta de uso de la facultad podría justificarse en la antigua prohibición de donaciones entre cónyuges (excepto regalos usuales y de costumbre acordes a la economía y circunstancias de la familia), lo que serviría de argumento a la tesis de que el art. 831 CC concede un beneficio sucesorio a favor del cónyuge y no reduce su posición por razón de esta facultad a la de mero ejecutor. También estos argumentos y razones son hoy historia. En otro orden, la reversión de las donaciones hechas con carácter de mejora, en favor de persona distinta del donante, para una circunstancia y para un efecto más reducido que el de recuperar el bien, suscitaba dudas respecto a su imputación a un tercio de la herencia. Hoy, nada lo prohíbe, y un artículo lo permite a favor del cónyuge, el 831 CC.

Antes de la redacción de 2003, sostenía BERMEJO PUMAR²⁸ que la consideración de la mejora como acto con sustantividad propia, no necesariamente testamentario, en la escritura que contenga la delegación de la facultad de mejorar como única estipulación, y fuese otorgada por ambos cónyuges, merecería la calificación a la que respondía su objeto, si la delegación fuese graduable y previsible para fines determinados y afectase a un contenido material en un acto aislado concreto, y no necesitaba mayor publicidad que la que requería la titularidad de ese bien. Pero, por la naturaleza sucesoria del acto, siempre sería necesaria la escritura pública. La calificación que se diese al acto, a juicio de esta autora, tenía cierta importancia en la medida que servía para esclarecer la sujeción de éste a un determinado régimen, pero no era imprescindible como requisito formal del instrumento. En el caso de la concesión de la facultad de mejorar la denominación especial se discutía. Tanto en el acto de reconocimiento o concesión de la facultad, como en aquellos por los que el cónyuge ejercitaba su facultad, la calificación tendría interés para esclarecer el régimen

²⁸BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (Op. Cit. pag. 134 y 207 y siguientes).

a que se sujetaba. Para GIMÉNEZ ARNAU²⁹, carecía de importancia: «dese a la escritura una denominación acertada o errónea, el contenido de ella y su subsiguiente eficacia, no sufren mengua alguna... el error en la calificación es irrelevante», es un requisito «impuesto por razones de utilidad y conveniencia, pero no de rigurosa necesidad». Pero BERMEJO PUMAR³⁰ lo entendió de distinta forma, ya que a su juicio el negocio produce todos sus efectos con independencia de la calificación que le atribuya el Notario. En definitiva, parece que siendo el art 831 CC un artículo que contiene una excepción a la regla general y que dice testamento, implica que ha de ser precisamente en testamento, sin que sea posible otra forma aunque se trate de una escritura pública, y además tiene pleno sentido, porque se trata de una delegación que tendrá efectos a la muerte de una persona, por tanto la forma del testamento es la mas idónea en derecho común.

No fue pacífica la cuestión de la forma en que ha de constar la concesión de la atribución entre cónyuges³¹. En definitiva, para cualquier caso de concesión de la facultad de distribución, el acto debía ser otorgado por el causante de la sucesión y si era objeto de un pacto, por el propio cónyuge a quien se concedía la facultad. Hoy no se plantean esos problemas doctrinales, porque es evidente que las solemnidades testamentarias exigen para todos los casos el soporte de escritura pública a excepción del ológrafo, testamento en peligro de muerte, epidemia.... sobre los que volveremos.

²⁹GIMENEZ ARNAU Y GRAN, E. “Derecho Notarial”1976. Ediciones de la Universidad de Navarra-EUNSA. ISBN 84-313-0015-9 (pag 532 y s.s.)

³⁰BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. (Op. Cit.) Expone esta autora, si bien en sede de la redacción de 13 de mayo de 1981, que <<Quizás esta afirmación vaya un poco lejos. Una calificación inadecuada puede inducir a error, y en el caso de acto atípico servir de motivo para prejuzgar la voluntad de las partes cuando no está suficientemente clara. Con todo, no deja de ser cierto que con independencia de la calificación que el fedatario haga, el acto surtirá ciertos efectos conforme a la voluntad expresada en el título y a lo preceptuado en la ley, aunque no sea acorde con la calificación que en la escritura se atribuya al acto. La calificación no vincula al liquidador del impuesto, pero sí surte efectos en el Registro de la Propiedad>>. (Página 210).

³¹La necesidad de instrumentar la delegación en capitulaciones, existió para el legislador al acometer la ya vieja y derogada reforma de 1981. En el informe de la ponencia publicado en el *Boletín de las Cortes* el 22 de mayo de 1980, consta que: «El artículo 831 resultaría modificado si, como sugiere la Ponencia, fuere aceptada la enmienda 503 (Oscar Alzaga y Villamil por el Grupo de U.C.D.); en cambio, en la reforma parcial que refleja el texto que sigue, que, por el contrario, resultó rechazada, (Grupo de Socialistas de Cataluña)» —relativa a plazo— constó lo siguiente: «Artículo 831. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales...». Esta fue la solución que prevaleció en el dictamen de la Comisión publicado el 1 de diciembre de 1980 en el *Boletín Oficial de las Cortes*, y en la sesión plenaria del 18 de diciembre de 1980, por la que se aprobó el texto definitivo del dictamen. En cualquier caso, la escritura era requisito esencial mínimo (artículo 1.280-4º del Código Civil), salvo la rara y peligrosa excepción del testamento ológrafo (que no obstante exige ser adverado y protocolizado).

Así pues, la misma conclusión a la que llegó BERMEJO PUMAR³² antes de 2003, como veremos, nos sirve hoy tras esa reforma, ya que el único vehículo hábil para la concesión de la facultad de distribución y mejora es el testamento. En ese sentido se manifestó: a favor de que la forma de las demás disposiciones no parece que sea sólo la testamentaria. Sin embargo, y sin perjuicio de lo que se diga en cada caso, la forma de los actos de disposición del causante con eficacia para el caso de su muerte que deben ser respetados por el cónyuge, es la que exige la ley (arts. 1.280-4.º y 672 Código Civil, «toda disposición que sobre la institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles privados no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo»). No basta el testimonio del propio favorecido por la disposición.

5.- REFORMA DEL ARTÍCULO 831 INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA.

La última y vigente redacción del precepto ha resuelto la cuestión. La opinión y petición de DÍEZ GÓMEZ³³, referente a la supresión de las capitulaciones matrimoniales como forma de establecer la delegación, es la que se ha plasmado en la redacción dada al artículo 831 en la ley de 2003. Desde su entrada en vigor, sólo a través de testamento podrán los cónyuges conferirse las facultades que el artículo permite. En principio, la ley no hace referencia a forma determinada testamentaria por lo que vale cualquier tipo de testamento.

SIERRA PEREZ³⁴, recoge el final de esta evolución, Ya hemos expuesto que la petición de DÍEZ GÓMEZ³⁵, referente a la supresión de las capitulaciones matrimoniales como forma de establecer la delegación, es la que se ha plasmado en la redacción dada al artículo 831 en la ley de 2003. Sólo a través de testamento podrán los cónyuges conferirse las facultades que el artículo permite conceder. Como no se

³²BERMEJO PUMAR, M.M. “El artículo 831...” (En nota anterior, pag. 211 y 212)

³³DÍEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 412 y s.s.).

³⁴SIERRA PEREZ, I. (op en nota anterior, pag.92)

³⁵DÍEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag. 405 a 424, en especial pag. 408).

hace ninguna otra restricción, habrá que entender que es válido cualquier tipo de testamento de los admitidos en el Código. Si bien analizaremos los peligros de las formas testamentarias especiales en que no intervenga el Notario, en particular haciendo referencia al ológrafo, para ver si pueden servir de vehículo hábil para la concesión de la facultad de distribuir; y en especial, los problemas que puedan darse en relación con el artículo 689 CC, por cuanto que esta institución presenta un carácter tremendamente técnico, que en el caso de ser otorgada sin el asesoramiento oportuno, puede ser fácilmente anulable. En cuanto a la revocación está claro que se producirá a través de un testamento posterior en el que la fiducia se revoque expresamente o nada se diga sobre el nombramiento de fiduciario, de conformidad con el artículo 737 del Código Civil.

Con SEDA HERMOSIN³⁶, la nueva redacción no deja lugar a dudas: << *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento, para que, fallecido el testador.....* >>

A juicio de CAMARA LAPUENTE³⁷, la reforma de 2003, de forma recusable (calificativo que no comparto) ha eliminado la posibilidad de conferir las facultades fiduciarias en capitulaciones matrimoniales, como se admitía desde su implantación en 1889 y tras 1975, tanto antes como después del matrimonio. La posibilidad de efectuarlo en testamento, que se introdujo por la reforma de 13 de mayo de 1981, ha cristalizado en la única forma de hacerlo con la reforma de 2003: es decir, el testamento. Así pues, con la interpretación “más cabal” (CAMARA LAPUENTE-29), del silencio del precepto, debemos aceptar que la delegación capitular ha desaparecido, y solo cabe el testamento como vehículo de institución de la misma.

La cuestión es qué ocurrirá con las fiducias concedidas en capitulaciones matrimoniales anteriores a la reforma de 2003. Indudablemente, con la aplicación de la Disposición Transitoria 2º en relación con la 13ª, debemos aceptarlas como válidas, y tanto para su revocación como su modificación, deberán someterse a la normativa anterior a la reforma de 2003, si bien ateniéndose a las formas establecidas por la redacción actual.

³⁶SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Academia Sevillana del Notariado). (pag. 266).

³⁷CAMARA LAPUENTE. S. Código Civil Comentado. Editorial CIVITAS Tomo II Página 932, relativa al artículo 831.

Siguiendo a GARCÍA RUBIO³⁸, según se desprende del texto legal en la redacción de 2003, que como hemos expuesto, ha seguido los consejos de alguna doctrina anterior, la delegación de las facultades previstas en el artículo 831 ha de hacerse, necesaria y exclusivamente, en testamento. De este modo la delegación rompe definitivamente con el carácter pactado que tenía en la redacción original del precepto donde se imponía la forma capitular, lo cual, con frecuencia, significaba la reciprocidad del encargo. Ya vemos, por lo tanto, dos consecuencias: puede ser unilateral y no recíproca, y es esencialmente revocable.

Sentado esto, la forma testamentaria implica, por un lado, que sólo la muerte del comitente determina la eficacia definitiva de la delegación y además, que el mismo puede dejar sin efecto el encargo en cualquier momento. Esto puede ser, otorgando un testamento posterior revocatorio del precedente, donde delegaba las facultades. Esta revocación que puede ser directa, si retira explícitamente el encargo, o indirecta, si dispone *mortis causa* con asignación de todos sus bienes o si realiza actos de disposición *inter vivos* que dejen vacía de contenido la fiducia. Lo que GARCIA RUBIO³⁹ llama “limitación a la forma testamentaria” implica también, en la actual redacción, que la única posibilidad de atribución recíproca de la facultad de mejorar es que cada uno de los interesados lo haga a favor del otro en su respectivo testamento, recordando, eso sí, la libre revocabilidad de ambas disposiciones.

Critica GARCIA RUBIO⁴⁰ que “en este punto no deja de causar cierta sorpresa la decisión de eliminar el carácter paccionado a la institución, y ello por varias razones. La primera, porque en aquellas zonas donde el artículo 831 CC se ha utilizado históricamente con alguna intensidad, el vehículo de la delegación ha sido, precisamente, el capitular, porque se trata de territorios donde el hábito de otorgar capitulaciones tenía mucho mayor arraigo que en otras. La segunda, porque se da una cierta contradicción entre el espíritu de ampliación de sus posibilidades que anima la nueva regulación de la delegación de la facultad de mejorar, y la supresión de una de las dos formas de delegación, tanto más cuanto con el instrumento ahora vedado se podían alcanzar resultados similares a los obtenidos con el testamento. La tercera,

³⁸GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, especialmente página 70).

³⁹GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 58 a 110, especialmente página 71).

⁴⁰GARCÍA RUBIO, M.P. “L reformulación...” (Nota anterior, en pag. 70)

porque en los tiempos actuales la literatura jurídica referida al Derecho de Sucesiones del Código civil se muestra cada vez más proclive a introducir una mayor permisividad en la aceptación de los pactos sucesorios y la calificación cuando menos próxima a la figura ahora vedada y por ello pocos argumentos favorables a la supresión pueden sostenerse”.

A su juicio, no parece que deba aceptarse que la extensión de la figura a las parejas no casadas con hijos comunes, quienes no pueden celebrar capitulaciones, sea argumento bastante para negar este vehículo a los casados. Ni siquiera la búsqueda de la absoluta revocabilidad de la delegación, puesto que incluso la pactada en capitulaciones matrimoniales podría ser dejada sin efecto si el propio delegante lo quiere, bien mediante la revocación aunque sea de forma indirecta; además, conserva intacta la facultad de disposición sobre sus bienes.

No obstante, no debe extrañar pues que algún autor mantenga, después de la última redacción, que en cierta medida sigue siendo posible delegar la facultad de mejorar en capitulaciones; resulta lícito conceder el encargo en capítulos en los que se incluye la promesa de mejorar, pues la letra del nuevo artículo 831 CC silencia la cuestión, pero no la niega y, además, tampoco ha derogado los artículos relativos a la mejora ideada en capítulos. Aun reconociendo las buenas intenciones de esta argumentación, estimo que el texto de la norma excluye cualquier vehículo que no sea el testamentario.

En conclusión, para que el acto cumpla con los requisitos y exigencias de las formas testamentarias, deberá ser un testamento en sentido material, aún cuando contenga como previsión única la delegación de la facultad de mejorar y distribuir prevista en el artículo 831 CC.

En la redacción actual tan solo puede atribuirse esta facultad en testamento, quedando vetada la posibilidad de atribuirla en capitulaciones matrimoniales que sí contemplaba la anterior. Con esta nueva redacción se resuelven la mayor parte de los problemas, tales como: si nos encontrábamos ante un pacto sucesorio; si la atribución había de ser recíproca o si podía uno atribuirla al otro sin reciprocidad; y si atribuyéndose con carácter recíproco, era revocable o no por decisión de uno de ellos, aunque fuese con notificación formal y fehaciente al otro.

Sentado que la concesión de la fiducia en testamento es individual y esencialmente revocable, dado el carácter esencialmente revocable del testamento en Derecho Común y además, porque no cabe el testamento mancomunado, lo cual no excluye que cada

uno de los cónyuges, en su testamento, le atribuya al otro esta facultad con idéntico contenido, alcance y limitaciones, que es lo más común habida cuenta que en principio, uno de los fundamentos de la fiducia es la mutua confianza, debemos matizar que no es tan claro que el único fundamento de la fiducia sea la mutua confianza, porque con que la tenga el que delega debe ser suficiente. Si bien, lo normal es que sea mutua, aunque desde luego, no es necesario⁴¹.

El texto literal con que comienza el precepto, (“*no obstante lo dispuesto en el artículo anterior*”) revela que es una excepción a la regla general del artículo 830 del Código Civil, conforme el espíritu histórico de la normas, lo que ya hemos analizado suficientemente antes, y según el cual, no cabe delegar, encomendar ni transmitir la facultad de mejorar a los hijos y descendientes en los bienes que deja el testador.

En definitiva, se eliminan con esta nueva redacción, todas las discusiones a las que antes aludíamos y las comparaciones entre el testamento y las capitulaciones, pero las distintas formas de interpretación siguen interesando ya que las delegaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, llevadas a cabo durante la vigencia de las redacciones anteriores, siguen siendo válidas y por tanto pueden presentarse los conflictos a que hemos hecho referencia. Volveremos mas adelante sobre este punto.

En conclusión, con MILLAN SALAS⁴², podemos resumir que respecto de las formas de ordenarse la facultad, con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981, el artículo 831 establecía que «podrá validamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales». Posteriormente, con la reforma de 1981 el artículo 831 establecía «podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales». Tras la reforma de 2003, el nuevo artículo 831 establece «podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento». Por lo tanto, actualmente la única forma de ordenarse la facultad del artículo 831 CC es mediante testamento.

Así pues, como consecuencia, tras la reforma de 2003, han quedado zanjadas dos cuestiones que mantenían dividida a la doctrina, por una parte, la de si los cónyuges tienen que otorgarse la facultad recíprocamente, y, por otra, si la facultad es o no revocable. Respecto a la primera cuestión, al ordenarse la delegación únicamente en testamento, los cónyuges no están obligados a conferirse recíprocamente la facultad del

⁴¹Es lo mismo que cuando se otorga un poder con absolutas y amplísimas facultades, esto es de “ruina”, con que la confianza la tenga el que la concede, la causa está justificada.

⁴²MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (pag. 403 a 433, en especial página 422). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1.

artículo 831 CC. Puede un cónyuge conferir al otro dicha facultad sin reciprocidad alguna; o, también, pueden otorgársela recíprocamente, pero sin que sea una exigencia impuesta por el artículo 831 CC. En cuanto si la facultad es revocable o no, al ordenarse la facultad del artículo 831 en testamento, aquélla puede quedar sin efecto cuando éste quede revocado por un testamento posterior.

Aunque la nueva norma tiene su origen en una reforma del Código Civil como consecuencia de una ley para protección del patrimonio de los discapacitados, lo cierto es que por su utilidad puede responder a un espíritu semejante al del artículo 1056. 2 conforme su redacción dada por la Ley de Nueva Empresa, y que supera notablemente el de las anteriores redacciones (13-5-81, y la originaria) del art. 831. Recoge VALLET DE GOYTISOLO⁴³ el origen de ese espíritu que no es otro que el de una vieja STS de 31 de enero de 1899, de la que resulta que “la cláusula en la que el testador establece la mejora del tercio a favor de aquel de sus nietos que, procediendo de una de sus hijas, nombrada en el testamento, case con el consentimiento paterno para la casa petrucial no se opone a los artículos 830 y 670, antes citados porque inspirada en el espíritu o en la razón filosófica del art 831, que con el manifiesto propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta a los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que...., no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino a la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien a la par, para que su elección tenga eficacia, ha de estar necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta a su matrimonio, ya por lo que toca a su instalación en la llamada casa petrucial”⁴⁴. Sirva este principio para aceptar que entonces, ya existía alguna forma de una mejora condicionada al cumplimiento de lo que estableció el testador. En virtud de esta jurisprudencia, que se dice estaba “inspirada en el espíritu o razón filosófica del 831” se aceptó la cláusula testamentaria de mejora a favor de un nieto hijo de una de sus hijas que con el consentimiento paterno se casara y quedase en la casa patriarcal; la jurisprudencia, entonces, buscó una aplicación analógica del artículo 831 para un caso que estaba fuera de él, dada la vieja literalidad de la norma y de “*lege data*”, no era

⁴³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” (Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales de ALBALADEJO) Tomo X, Vol. 2, edición de 1984.(Pag 406 y 407).

⁴⁴Colección de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo publicada por la revista general de Legislación y Jurisprudencia de Reus, tomo 86 enero-marzo-1899, p 148).

posible una interpretación tan extensiva de un precepto singular; pero hoy, ya desde la versión de la reforma de 13 de mayo de 1.981 y más aún con la actual de 2.003 resulta conforme tanto a la letra como al espíritu. La figura contemplada en el artículo 831 puede resultar útil (aparte de otros supuestos específicos, como el indicado en la Exposición de Motivos) para resolver la organización de la sucesión familiar en los casos de patrimonios empresariales, y para situaciones de estructuración de un patrimonio familiar, pero sobre todo para necesidades de mantenimiento de la unidad de la empresa familiar.

No obstante, para ROMERO-GIRON DELEITO⁴⁵, la redacción actual de este precepto, que se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, plasma ya en la Exposición de Motivos los principios inspiradores cuando nos dice que “se reforma el artículo 831 CC con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”; pero lo cierto es que la regulación sustantiva no hace referencia alguna al supuesto de discapacidad, por lo que no debe haber objeción alguna en aplicar este precepto con carácter general para el supuesto ordinario en el que los cónyuges quieren dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad, en beneficio del cónyuge viudo y sin interferencia de los hijos hasta el fallecimiento de éste. Esta finalidad se había buscado hasta ahora, principalmente, mediante el usufructo universal combinado con la cautela socini, pero con el nuevo artículo 831 CC se dispone hoy, de un medio más eficaz, que no encuentra obstáculo ni en la incidencia de la legítima estricta.

Ahora bien, el artículo 831 CC abre tal abanico de posibilidades y plantea tales problemas y alternativas que ROMERO-GIRÓN DELEITO⁴⁶ no cree posible una fórmula sencilla para su transcripción en un testamento, al menos mientras no haya una elaboración consolidada de la doctrina o jurisprudencia sobre el precepto. Y no obstante, la conclusión es que se trata evidentemente de una figura sucesoria, lo que ha sido recogido de forma clara en el texto de 2003, estableciendo el testamento como

⁴⁵ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 Código Civil. Una aplicación práctica.” (En Notarios y Registradores 2005) Madrid-Diciembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n ° 57. Enero-Marzo 2006 (Pág. 221-231, en especial el 222).

⁴⁶ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 Código Civil...” Op. cit, pag. 223).

vehículo hábil y único para el establecimiento de esta forma de organizar la sucesión, y desapareciendo por lo tanto cualquier género de duda respecto a si se trataba de un pacto sucesorio o un contrato de heredamientos, con las consiguientes cuestiones sobre su naturaleza, efectos, y especialmente respecto de su posible revocación.

Además, con la nueva redacción del precepto, quedan atrás todas las discusiones doctrinales sobre la necesidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los hijos ó descendientes comunes; no sólo por los argumentos que utilizaron MANRESA NAVARRO⁴⁷, GARRIDO DE PALMA⁴⁸ y otros, sino porque ha desaparecido de la literalidad del precepto la palabra que en su texto originario era requisito previo: “intestado”, y además porque en el texto nuevo hay una sola forma de conceder esa facultad: el testamento (ya ni siquiera cabe concederla en capitulaciones matrimoniales, que con la originaria redacción era el único medio factible entonces para su génesis). Así pues, no solo se exige el testamento como medio para instituir esta forma de fiducia sucesoria, sino que además solo cabe en sede de la sucesión testamentaria, a diferencia de la exigencia antigua de que se tratase de una sucesión intestada y se organizase tal concesión de distribuir a través de las capitulaciones matrimoniales. El cambio que permite que no sea sucesión intestada es interesante, ya que tolera que se pueda delegar sin que por ello el testador no pueda detallar su voluntad en los ámbitos en los que no desee que funcione la delegación.

Así pues, cobra especial importancia el testamento, único modo posible para conferir la facultad al cónyuge viudo, y se hace ley de la sucesión, de manera que surge la indisoluble unión entre las cláusulas dispositivas y las particionales en el testamento.

De esta manera, si se ha instituido al cónyuge para que distribuya y mejore a favor de los hijos comunes en la forma que tenga conveniente, es claro que nos encontramos ante una auténtica fiducia de proporciones semejantes a las forales.

En principio pues, partimos de la exigencia de un presupuesto previo para la institución que nos ocupa, tal como la existencia de un testamento. Siguiendo a LOPEZ

⁴⁷MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil español”. Madrid 1951. Tomo VI (Pág. 829 y s.s.).

⁴⁸GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.D. Notarial 2005(nº 53) RSN nº55 (Pág. 121-136). Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Murcia 2004 (Pág. 2021 a 2029, en especial, pags 2031 y s.s.).

BELTRÁN DE HEREDIA⁴⁹, que un cónyuge conceda al otro la facultad en su testamento, es requisito previo y presupuesto esencial para la fiducia sucesoria recogida en el Código Civil. Suprimida la posibilidad de concesión de tal facultad en capitulaciones matrimoniales, la delegación es ahora siempre revocable, al ser el testamento esencialmente revocable. Así, el testamento donde se concede la facultad debe ser el último válido. Dado que tiene que existir testamento válido, la sucesión del cónyuge premuerto debe ser testada o, por lo menos, en parte testada y en parte intestada, al contrario de lo que sucedía en la primitiva redacción del precepto en que la sucesión debía ser forzosamente intestada y pactada la concesión de tal facultad de distribución en Capítulos.

ROCA GUILLAMON⁵⁰ ofrece una visión particular de la nueva fiducia sucesoria por lo que se refiere al instrumento empleado para su institución: como quiera que puede el cónyuge sobreviviente hacer uso de la facultad de distribuir los bienes de la herencia de su difunto cónyuge y mejorar con ellos a los hijos comunes *en su propio testamento* si es que así se le autorizó por el causante al tiempo de delegarle la función fiduciaria, nos encontramos ante algo semejante al testamento por comisario.

Ciertamente es una novedad que se conceda la autorización al cónyuge para que utilice el medio de su propio testamento para realizar las adjudicaciones y mejoras, lo que plantea bastantes cuestiones, y supone, si se quiere ver así, una aproximación al instituto del testamento por comisario (ROCA GUILLAMON⁵¹). Pero presenta diferencias importantes: en primer lugar, el testamento por comisario puede confiarse a persona o personas distintas del cónyuge, mientras que en el 831 Código Civil, es el cónyuge o pareja de hecho el único facultado posible; pero ahora, desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, modificada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se abre un nuevo campo de filiación por el que las parejas de hecho podrán tener hijos comunes sin la relación sexual natural y normal, lo que analizaremos posteriormente. (No obstante, no olvidemos que hay una prohibición tajante de ese

⁴⁹LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII. Fascículo I-II-Julio-Septiembre 2005. Editado por Ministerio de Justicia. (Pàg. 1115 a 1152, en especial 1122 y 1123).

⁵⁰ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil- Ley 41/2003)”. En la obra “Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Tomo II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (páginas 4288).

⁵¹ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y...” (Op. Cit. página 4288).

contrato⁵² en la ley española, para la que la única madre aceptable jurídicamente es la que ha parido al hijo; excepto adopción y parejas homosexuales femeninas que, cuando una de ellas tenga un hijo con ayuda de las técnicas de reproducción y lo autorice la otra podrá figurar también como progenitora).

Pero es que además, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, también la pareja homosexual, gozará de los mismos derechos que las heterosexuales, por lo que unido a las técnicas de reproducción asistida que se regulan en la Ley 14/2006, y la posibilidad de “los vientres de alquiler”, tenemos un amplio espectro de posibilidades que exceden con mucho de lo que el legislador de 2003, y desde luego, el de 1981 y anteriores del siglo XIX podían prever. Por lo que el artículo 831 CC tiene un campo de aplicación extraordinario. ¿Se puede entender en derecho español que son hijos comunes de los dos cónyuges homosexuales masculinos, los habidos con un vientre de alquiler? En principio, conforme al artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, está claro que no, a pesar de la Resolución de la DGRN, 18 de febrero de 2009⁵³ (analizada detalladamente en el capítulo VI) que por la aplicación de la normativa expuesta está derogada. La Jurisprudencia menor ha ponderado la necesidad y las ventajas de que la filiación legal sea la que corresponde biológicamente, lo que ha llevado a ampliar la legitimación para reclamar la filiación a los progenitores que no gozan de la posesión de estado. La “emigración” de España con motivos de filiación, (por ej. a California) para pactar contratos aplicables por aquella legislación (ilegales en España) tienen como finalidad la de inscribir allí la filiación y luego pedir que de ese Registro traslade la inscripción al Registro Civil español. A mi juicio es un fraude de ley, y por lo tanto no lo consideraremos como parte de este estudio. Se podría entender el deseo humano de tener descendencia, pero la elección de una pareja con la que biológicamente no sería posible la relación, no lo hace defendible por el derecho. Recuérdese que el orden público español está tomando toda clase de medidas para impedir la venta de niños en las adopciones y esta situación no es más que una búsqueda de la finalidad prohibida. La cuestión, al margen de las implicaciones de fraude de ley es la de si se puede conceder la facultad de mejorar entre ambos cónyuges en este caso. La respuesta debe ser afirmativa en el

⁵²Nos referimos a los prohibidos contratos en la legislación española, sobre vientres de alquiler,

⁵³Referido en la nota número 26 del Capítulo VI. “En este caso, un matrimonio homosexual pretendió adoptar un bebe en California e inscribirlo en España...”

caso de que la filiación esté legalmente establecida, tal como si se tratase de hijos adoptivos.

En otro orden de cosas, y aún más importante, no se está testando por el fallecido, como se entendía en el derecho histórico de Castilla, (según vimos en los antecedentes históricos) sino solo ejecutando una disposición testamentaria de otro, que ha premuerto. Los herederos lo son del fiduciante, no del fiduciario, sin perjuicio de que puedan coincidir en ambas sucesiones, pero en la que se trata ahora, esto es de la que se va a producir distribución y sobre la que se van a hacer mejoras, es del fiduciante testador, y quien va a distribuir es el fiduciario. Los herederos suceden por el título del testador que concede la delegación al fiduciario, y no por el de herederos del cónyuge titular de la facultad delegada. ROCA GUILLAMON⁵⁴ lo entiende también así, y cree que es lo expresamente previsto por la reforma de 2003: que el sobreviviente haga uso de la opción que le permite el nuevo artículo 831, y en particular con la facultad de satisfacer las disposiciones del causante —e incluso las legítimas— con bienes de su exclusiva pertenencia; lo que, por otra parte, demuestra que la satisfacción del interés a que se refiere el precepto es “exclusivamente económica, sin que se valore ningún otro de carácter moral o sentimental”. Sobre este punto, volveremos en el capítulo de las facultades y ejecución de la fiducia.

Ya hemos comentado anteriormente, como se recoge la figura del testamento por comisario⁵⁵ en diversas legislaciones antiguas y otras forales actuales.

⁵⁴ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar...” (Op. Cit. páginas 4285 y 4286).

⁵⁵Se menta y recoge de forma similar a la del antiguo derecho castellano, en el derecho de Vizcaya y Álava, reproducido en el artículo 32 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1 de julio (Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco), es decir, como el encargo hecho por el testador a otra persona (comisario) de que le designe heredero, distribuya los bienes y ejercite cuantas facultades sean precisas para la transmisión de los bienes, pero sin que en ningún momento se diga que el testador pueda encomendar la realización de su testamento. En parecido sentido, la ley introduce la posibilidad de que las facultades se puedan ejercitar en el propio testamento del delegado y no lo subordina a que el sobreviviente cuente con el usufructo universal de la herencia, como ocurre en el derecho gallego (artículo 159 de la Ley 4/ 1995) o como ocurre también con la posición del cónyuge viudo designado comisario en el derecho vasco, pues, salvo disposición en contrario, tendrá el usufructo del caudal en tanto no haga uso del poder (artículo 105 Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco). En este sentido, la norma vasca es mucho más expresiva y minuciosa: << Si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no media aceptación de la herencia por los sucesores designados. Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza >>.

Lo hace constar así ROCA GUILLAMON⁵⁶, que resalta la importante diferencia entre la facultad del artículo 831 CC y la figura del testamento por comisario. La del 831 CC solo se puede conferir al cónyuge y no a otras personas, no obliga al sobreviviente a hacer uso de las facultades delegadas en su propio testamento, sino solo sucede que si no se le ha conferido esa facultad, no tendrá esa opción. Pero no porque se le haya conferido necesariamente está obligado a utilizarla en su propio testamento organizando la distribución de bienes o mejoras. Esto resulta del párrafo segundo del artículo 831.1 CC que, al hablar del plazo, literalmente dice «Si no se le hubiese conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento...», porque si no se le reconociera ese poder de decisión, que es consustancial al concepto mismo, mal podría hablarse de verdadera facultad jurídica.

Se puede haber producido el caso específico de que el causante haya dispuesto expresamente que su cónyuge utilice la facultad de mejorar que le concede, exclusivamente en su propio testamento; es decir, no como una opción, en el sentido del 831, sino como una condición. Pero como, obviamente, la concesión de la facultad no puede obligar al cónyuge a que a su vez haga testamento, podría suceder que la situación se dilate excesivamente en el tiempo, lo que es perfectamente posible porque realmente hasta el ultimo momento de su vida no se sabe si testará o no. Lo que no cabe en ese caso es que se haga uso de la facultad en otra clase de negocio porque se estaría incumpliendo la condición bajo la cual se delegó la facultad. Sería una delegación del art. 831 CC sujeta a condición, sobre la que volveremos.

Pese a las dudas de la doctrina (ROCA GUILLAMON⁵⁷), a mi juicio, desde luego, puede hacerse la partición de la herencia del cónyuge en el testamento del propio sobreviviente, pues no lo prohíbe ni dice lo contrario la norma. Pero sobre todo porque el propio testamento del sobreviviente no es más que el instrumento elegido por el causante al conferirle la facultad de distribuir, y es evidente que si así lo determinó el testador no parece que puedan imponérsele al sobreviviente limitaciones no queridas por el causante para ejercitar una facultad, la de distribuir los bienes de la herencia, que le fue delegada sin sujeción a restricciones en cuanto a la forma de su ejecución. Sin perjuicio de que existan restricciones impuestas por el causante, cónyuge primeramente fallecido, en cuyo caso habrá que estar a las condiciones bajo las que se

⁵⁶ROCA GUILLAMON, J. (nota anterior, pag 4288)

⁵⁷ROCA GUILLAMON, J. (en nota anterior, pag. 4289)

hizo la delegación y se confirió la facultad de ejercitarla en su propio testamento.

En conclusión, se eliminan con esta nueva redacción todas las discusiones a las que antes aludíamos y las comparaciones entre el testamento y las capitulaciones, pero las distintas formas de interpretación siguen interesando ya que las delegaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, llevadas a cabo durante la vigencia de las redacciones anteriores, siguen siendo válidas y por tanto pueden presentarse algunos de los conflictos que hemos analizado. Desde luego, las instituciones de fiducia sucesoria hechas antes de la reforma de 2003, en forma de capitulaciones matrimoniales, son válidas, si bien su revocación es factible, a mi juicio, mediante la forma testamentaria, por lo que no precisarán en absoluto nuevos capítulos.

6.- REQUISITOS DEL DOCUMENTO QUE INSTITUYE O CONCEDE LA FIDUCIA.

Como resumen, con la nueva redacción del artículo 831 CC, de 2003, se requiere la designación de la delegación de la facultad de mejorar y distribuir en testamento, válido y que sea el último del causante. Además, la designación ha de ser expresa y de forma que no albergue dudas respecto de cuál fue la voluntad del testador en ese sentido. Pero no exige literalmente como en las legislaciones forales que se trate de un testamento notarial, lo que no está desprovisto de muchos problemas. Así pues, los requisitos son los siguientes.

1.- Testamento válido. En este sentido ha de cumplir todos los requisitos necesarios para su validez y eficacia. En primer lugar, las solemnidades legales necesarias para la validez de cada testamento, dependerán de la clase de estos. Si se trata de un testamento abierto, por su calidad de notarial, no presentará dudas respecto de sus requisitos formales contemplados en el Código Civil (artículos 676 y siguientes respecto de las generales para todo tipo de testamentos). Pero en otros no es tan clara la apreciación. Veamos todas esas formas testamentarias señaladas por Ley.

Testamento notarial abierto, que se reviste de la solemnidad y formas de los artículos 694 a 699 del Código Civil. Es indudable que se trata de escritura pública. Lo que no es escritura pública es el testamento abierto no notarial en sus diversas formas especiales, tales como la recogida en el artículo 700 (testamento en peligro inminente de muerte), o el del 701 (testamento en caso de epidemia), que se someten a estrictos plazos de caducidad y requieren además que en su caso se presenten ante el Tribunal

competente a los efectos de su elevación a escritura pública.

Testamento cerrado con los requisitos de los 706 a 715 del Código Civil. No es escritura pública, que lo es tan solo el acta que se plasma en la plica o cubierta cerrada y sellada que lo contiene y la que figura –copia de la citada plica- en el protocolo. Por eso precisa de la apertura y protocolización en la forma observada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se trata de una escritura pública.

Semejante tratamiento daremos a los testamentos especiales: el testamento militar (716 y siguientes del C.c.), con caducidad específica (cuatro meses desde cese de estancia del testador en campaña, conforme artículo 719) y procedimiento de averación y protocolización estrictos (718 del mismo texto legal); el testamento marítimo, también con plazos especiales de caducidad (cuatro meses desde que el testador desembarque en punto donde pueda testar en forma ordinaria), y con forma de averación recogida en los artículos 728 y 729 del Código Civil.

Si se trata de un testamento otorgado en país extranjero, será documento público según la equivalencia de formas que revista la legislación extranjera con la española. Y lo será siempre –documento público- cuando se trate de testamento otorgado ante agente diplomático o consular de España en el extranjero.

Por último, no hay duda de que el testamento ológrafo otorgado conforme las formas de los artículos 688 y siguientes del C.c., no se trata en absoluto de una escritura pública, ni tan siquiera de un documento público. Es por eso que se exige como requisito para su validez, la protocolización mediante el procedimiento establecido en los artículos 689 y siguientes del Código Civil, con la caducidad que se contempla en los mismos.

La cuestión que requiere una crítica, al menos a mi juicio la tiene, es la de que exigiéndose en todas las legislaciones forales la forma de testamento notarial, capitulaciones matrimoniales o al menos escritura pública, baste tan solo en la del Derecho civil común, la de cualquiera de las formas testamentarias que se contemplan en el Código Civil. Lo lógico en la importación al sistema de Derecho civil común de una institución tan típicamente foral como la fiducia sucesoria, es que esta lo fuere con sus formas y exigencias, y no con relajo de las mismas, porque todas las prevenciones que la norma foral antigua recoge, tienen su razón de ser. Realmente, los testamentos en caso de epidemia, peligro de muerte, militar, etc. son testamentos que por las circunstancias en las que se otorgan, no permiten una gran reflexión previa en cuanto a

mecanismos sucesorios más o menos enrevesados, que por su complejidad precisan de un conocimiento y asesoramiento técnico previo. Eso es algo que se da siempre en los testamentos notariales, y que también puede darse en el ológrafo (por ejemplo por asistencia y consejo de un profesional del derecho) cuya razón de ser no tiene siempre por qué ser la urgencia. Ahora bien, en la práctica no es habitual ni imaginable, que de los pocos testamentos especiales que se otorguen, aparezca alguno concediendo este tipo de fiducia.

Con el texto literal del art. 831 CC, basta cualquier testamento, lo que es de todo punto peligroso y criticable, porque en una figura tan técnica y de contenido tan complejo como la que nos ocupa, redactada por aquellos que no son peritos en el derecho, puede producir efectos contraproducentes, tales como la previsión y ordenación de la sucesión familiar sin el asesoramiento y consejo profesional que puede deparar el Notario. Lo cierto es que aplicar la delegación en los testamentos distintos del notarial, produciría peligrosos y perniciosos efectos, por lo que no parece muy lógico que se admita en todos ellos; si bien también ocurre que en algún caso tienen una eficacia muy limitada, porque los plazos de caducidad, evitan la aplicación y apertura de esos testamentos; por ejemplo, el plazo de caducidad señalado en el artículo 719 (cuatro meses desde que el testador hubiera dejado de estar en campaña), hace que prácticamente no se abra ninguno de estos testamentos, que por otra parte fueron escasos. Han seguido habiendo algunos dentro de las misiones de paz del ejército español en el extranjero, porque aunque España no esté en guerra con esos países, por el riesgo real equiparable al estar en campaña, se han permitido estos testamentos militares⁵⁸.

2.- Último testamento del causante. De conformidad con el artículo 737 del C.c. debe tratarse del último testamento del disponente. La naturaleza revocable del testamento, elemento esencial del mismo, hace que a diferencia de la institución de la fiducia en la legislación anterior a 2003, hoy sea más fácil su otorgamiento, puesto que la eliminación de los capítulos como instrumento para su generación, hace que el otorgante no sea prisionero de un contrato de capitulaciones que precisa de la concurrencia de la voluntad de su cónyuge para la modificación o revocación de la delegación. La fácil forma de revocación de los testamentos, hace que igualmente sea

⁵⁸En el archivo General de Protocolos de Madrid, está depositado por el Ministerio de Defensa todo el conjunto de protocolos autorizados por personal del Ejército –Escala de Intervención Jurídica- y en él existen algunos testamentos otorgados en estas circunstancias.

fácil la institución de la figura que nos ocupa. Esto, puede ser sin duda una de las causas de su popularización. ¿Y si dice que respecto de la delegación de la facultad de mejorar se estará a lo que dispuso en el anterior testamento? Es evidente que en este caso se mantendrá, porque conforme el artículo 739 del Código Civil, el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que de que aquel subsista en todo o en parte Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza y vigor si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero. Así pues, si todo esto recoge y permite el Código Civil, más aún será válido que el testador manifieste en su testamento que se aplique la delegación instituida en testamento anterior, del que puede mantener lo que desee.

3.-Expresa designación. La designación de la delegación de la facultad de mejorar y distribuir, o como denominaremos en muchos casos, la fiducia sucesoria entre cónyuges, requerirá una expresión clara y que no deje lugar a dudas respecto a la voluntad del testador, esto es ha de ser expresa. La misma imposición del Código Civil respecto a las sustituciones fideicomisarias se podría aplicar en este caso, debido la importancia y trascendencia del acto de delegación, ya que nos encontramos ante algo semejante a un pacto sucesorio, o incluso ante una excepción muy importante del carácter personalísimo de las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, la redacción del artículo 783 CC que para las sustituciones fideicomisarias se establece, bien puede aplicarse en este caso para la constitución de la fiducia sucesoria: para que sea válido el llamamiento de la delegación de la facultad de mejorar o distribuir, o fiducia sucesoria del 831, deberá ser expreso.

4.-Unilateral. El acto de delegación de la facultad de mejorar, distribuir y adjudicar, es normalmente de carácter unilateral, porque del texto del artículo 831 CC no resulta en absoluto la exigencia de bilateralidad y mucho menos de reciprocidad. Así pues, la concesión de uno de los cónyuges al otro de la fiducia sucesoria, no implica que deba haber sido concedida a su vez por el fiduciario la de su herencia al concedente. Esto no significa que en muchas ocasiones ambos cónyuges o convivientes se concedan mutuamente la delegación, pero en cualquier caso lo será por liberalidad absoluta y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, sin que implique que la revocación de una de ellas lleve forzosamente aparejada la de la otra.

5.-Revocable. El acto es además esencialmente revocable. Esto es así porque nos

encontramos ante una disposición de última voluntad *mortis causa*, y no ante un contrato sucesorio. Ni siquiera ante un pacto sucesorio añadido a otro otorgamiento, ya que conforme la última modificación del artículo 831 CC, hemos analizado que la única forma de institución de esta fiducia es el testamento, por lo que las capitulaciones están excluidas como vehículo de concesión de la delegación. En los mismos términos que el testamento es esencialmente revocable, también lo es la delegación del artículo 831 CC.

Esta revocación puede ser directa o implícita (indirecta). En el primer caso lo será mediante la revocación normal del testamento en que se concedió o por otorgamiento de otro testamento que revoque el anterior y en el que no se establezca la fiducia. Puede ocurrir incluso que el testamento posterior solo revoque la delegación y mantenga el resto de las disposiciones del testamento anterior.

La revocación puede ser tácita, que se produce cuando el testador en vida hace disposición de todos los bienes sobre los cuales había concedido la facultad de mejorar y distribuir, de forma que a la apertura de la sucesión no queden bienes sobre los que ejecutar la fiducia. En este caso, puede ser total o parcial; en el primer caso, se han agotado la totalidad de los bienes de la herencia o la totalidad de aquellos sobre los que recaía la fiducia, porque el testador en vida hizo todas las funciones que delegaba en su testamento; en el segundo caso, continua la fiducia sobre aquellos bienes o patrimonio que subsiste sin partir, adjudicar o ser empleado para las mejoras.

Las revocaciones anteriores se pueden realizar *inter vivos* o *mortis causa*, según se realicen en testamento o disposiciones de última voluntad o mediante donaciones o escrituras de adjudicación hechas por el testador antes de la apertura de su sucesión, de manera que agote en cualquiera de las dos formas parte o la totalidad de los bienes del patrimonio que iba a ser objeto de la fiducia.

7.- BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES.

En los derechos Forales, la figura de la fiducia sucesoria se recoge de forma similar a la del antiguo derecho castellano. Así, en el derecho de Vizcaya y Álava, reproducido en el artículo 32 de la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, de 1 de julio (Ley de Derecho Civil Foral del País vasco), es decir, como el encargo hecho por el testador a otra persona (comisario) de que le designe heredero, distribuya los bienes y

ejercite cuantas facultades sean precisas para la transmisión de los bienes, pero sin que en ningún momento se diga que el testador pueda encomendar la realización de su testamento. En parecido sentido, la ley introduce la posibilidad de que las facultades se puedan ejercitar en el propio testamento del delegado y no lo subordina a que el sobreviviente cuente con el usufructo universal de la herencia, como ocurre en el derecho gallego (artículo 159 de la Ley 4/ 1995) o como ocurre también con la posición del cónyuge viudo designado comisario en el derecho vasco, pues, salvo disposición en contrario, tendrá el usufructo del caudal en tanto no haga uso del poder (artículo 105 Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco). En este sentido, la norma vasca es mucho más expresiva y minuciosa: << Si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no media aceptación de la herencia por los sucesores designados. Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza >>.

Una visión rápida a las leyes Civiles forales, o si se quiere de las comunidades autónomas con derecho civil propio, nos lleva a encontrar diferencias entre ellas y además con el artículo 831 del Código (SIERRA PEREZ⁵⁹). Desde luego, en el ámbito del Derecho civil foral, la delegación sucesoria es una figura muy habitual.

Respecto a las formas de nombramiento, en el País Vasco, la Ley de derecho Foral del País Vasco (Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País vasco), recoge la norma general que obliga a que el nombramiento de comisario se haga por testamento ante Notario (artículo 33 por el que se regula el *alkar poderoso*). El resto de los testamentos regulados en la legislación civil general y que son admitidos en el territorio foral según se establece en el artículo 29, así como el testamento «hilarburuku» regulado en el artículo 31, no son válidos para el nombramiento de comisario. No obstante, se mantiene la posibilidad de que los cónyuges se nombren recíprocamente comisario en escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. Esta designación entre cónyuges se denomina «alkar-poderoso» (artículo 33). Como

⁵⁹SIERRA PEREZ, I. (op en nota anterior, pag.91)

vemos, en lo referente al instrumento en que se designa comisario, el alkar-poderoso guarda relación con la redacción del artículo 831 CC anterior a la reforma, salvando naturalmente la no aceptación de todo testamento que no sea el notarial.

En Cataluña el instrumento es forzosamente el testamento, como dispone el artículo 424.1 del Código Civil de Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones), que faculta para tal delegación al testador. Aunque no se dice expresamente, el 424.1 habla únicamente del testador. Posteriormente, el artículo 424.2, también exige la forma de testamento notarial o las capitulaciones matrimoniales para la ejecución de la fiducia y designación de los herederos.

En Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia) es posible hacer el nombramiento tanto en testamento como en capitulaciones matrimoniales: Resulta del artículo 197 que establece que podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán.

En Aragón en testamento o escritura pública. Resulta del artículo 442 del Código Civil Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, sobre Código de Derecho Foral de Aragón) o Texto refundido de Leyes Forales aragonesas: la designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública.

En otras legislaciones forales hay variedad de exigencias: en Navarra sirve además del testamento y de la escritura pública especial con la designación, la que se lleva a cabo en capitulaciones matrimoniales (Leyes 281 y 282 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, de Ley 1/1973, de 1 de marzo).

En la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), se recoge exigencia de testamento o escritura pública en el artículo 71 para Ibiza y Formentera: la designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento del encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. La ejecución del encargo hecho por acto *inter vivos* será irrevocable. Mientras que en el resto de Baleares (Mallorca y Menorca) sólo es válida la institución de la fiducia o delegación de distribuir en el testamento, y la ejecución lo será forzosamente

en escritura pública. Si bien, más adelante entraremos en el estudio pormenorizado de estas normas forales en capítulos aparte, e intentaremos hacer comparativa de la doctrina sobre estas disposiciones.

CONCLUSIONES

1.- La delegación de la facultad de mejorar contenida en el artículo 831 CC solo se puede conceder por testamento. Han sido suprimidas las capitulaciones matrimoniales para la concesión de esta facultad y por lo tanto, solo el testamento será el vehículo hábil para la concesión de la fiducia sucesoria. Como consecuencia de la naturaleza del título de nombramiento, es esencialmente revocable, unilateral y acto de naturaleza mortis causa. No se exige que sea bilateral entre los cónyuges o convivientes, y desde luego, tampoco la reciprocidad de concesión entre progenitores para la subsistencia de la fiducia.

2.- La finalidad que se obtenía antiguamente con la figura combinada de la concesión del usufructo universal con la cautela socini y la obligación de la facultad de mejorar, se consigue actualmente en mayor medida con la institución compleja de la fiducia sucesoria del artículo 831 CC.

3.- La fórmula de la transcripción en el testamento no deberá ser sencilla, pues la complejidad de las actuaciones y variedad de posibilidades que presenta hace que su carácter profundamente técnico exija una redacción de la cláusula testamentaria, cuando menos, ajustándose a las exigencias de la letra del artículo 831 CC, y si es posible, matizando y desarrollando muchas posibilidades que el texto del artículo deja abiertas.

4.- Un análisis de las legislaciones de los Derechos Civiles de España, permiten apreciar como el documento hábil es siempre el testamento y en algunos de ellos, (País Vasco, Galicia, Aragón, Navarra), además del testamento, la escritura pública (no forzosamente las capitulaciones matrimoniales).

5.- Los requisitos del documento para la designación de la delegación de la facultad de mejorar y distribuir en testamento son:

a) Testamento válido. A estos efectos, basta cualquiera de las formas testamentarias señaladas en el Código Civil. Así, pueden ser, junto con los testamentos notariales abierto y cerrado, vales tanto los especiales (marítimo, militar y celebrado en país extranjero). Y respecto del testamento ológrafo, será suficiente para la institución

de la fiducia, pero habida cuenta su forma y realización, lo será una vez haya sido protocolizado conforma las formalidades previstas en los artículos 689 y siguientes del Código Civil. Esto es criticable a nuestro juicio, pues aun cuando no se exige la escritura pública para su validez, el testamento ológrafo es también vehículo hábil, y no está garantizado en muchos casos el asesoramiento cualificado por Notario autorizante o del letrado, que exige la constitución de un llamamiento tan técnico y complejo como el de la fiducia sucesoria. Pero ciertamente, el texto del artículo 831 CC permite cualquier clase de testamento, a diferencia de las legislaciones forales que exigen la escritura pública bien sea en testamento o en otra forma de la misma.

b) Que sea el último testamento del causante, lo que se debe a su naturaleza esencialmente revocable. Si bien cabe, que en el testamento último se sostenga como válida la fiducia sucesoria instituida en testamento anterior revocado, porque lo ha deseado así el causante.

c) Que se realice expresa designación por el testador. La designación debe ser expresa, clara y que no deje lugar a dudas de cuál fue la voluntad del testador.

d) Puede ser unilateral y solo cabe voluntaria. Es más, normalmente es de carácter unilateral, sin que resulte en absoluto la exigencia de bilateralidad y menos aun de reciprocidad.

6.- La fiducia sucesoria del artículo 831 CC es esencialmente revocable, ya que se realiza en testamento y se trata de una disposición de última voluntad de naturaleza mortis causa.

CAPÍTULO OCTAVO (VIII). PRESUPUESTOS PARA LA VALIDEZ Y EJERCICIO DE LA DELEGACION.

PRESUPUESTOS PARA LA VALIDEZ Y EJERCICIO DE LA DELEGACION.

La admisión de la fiducia del artículo 831 CC exige unos presupuestos de hecho necesarios para su aplicación. Siguen subsistiendo los requisitos previos que antaño se exigieron, pero muy matizados y modernizados, sobre todo en lo que se refiere a alguno de sus puntos. Estos requisitos son: la existencia de matrimonio o relación análoga de hecho, no haber pasado a posterior matrimonio y la supervivencia de hijos comunes. Analizaremos detenidamente cada uno de estos requisitos.

1.- EXISTENCIA DE MATRIMONIO O RELACIÓN ANÁLOGA.

La existencia de matrimonio fue un requisito determinante en las versiones del 831 anteriores a la última de 2003. Hasta esta reforma, la facultad que tratamos sólo podía delegarse al cónyuge sobreviviente, siendo preciso además que ese matrimonio subsistiera al fallecer el autor de la delegación. La redacción de 2003 permite que la facultad se otorgue al cónyuge o a la persona que comparta con el causante descendencia común aunque nunca hubieran estado casados. Una primera lectura, parece imponer tan solo la existencia de descendencia común, sin otras exigencias, pero el sentido común pide equiparar la referencia del artículo 831.6 con la institución de la pareja de hecho o convivencia *more uxorio*. Siguiendo a GARCIA RUBIO¹, en otras instituciones de Derecho Civil común se exige la convivencia *more uxorio* y a nuestro juicio no iba a ser de distinta forma en esta. Pero la realidad es, que la literalidad del precepto para nada exige que los sujetos con descendencia común que pueden conceder la delegación, hayan convivido juntos; como señalan algunos autores², tan solo y

¹GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial, 86, 87 y 88) Dice esta autora que “no se trata de realidades equivalentes pues, cualquiera que sea la inteligencia de esta última institución en sus diferentes denominaciones doctrinales y legales, lo cierto es que en todas ellas se exige la convivencia, lo cual no sucede con la expresión del aludido número 6 del artículo”.

²DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A. “Sistema de Derecho Civil “. IV, 3ª Edición. Madrid, 1997, p. 469. Madrid 1983. ROBLES PEREA, M.A. “El artículo 831 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Jornadas sobre la nueva protección patrimonial de discapacitados. Instituto valenciano de estudios notariales. 2004.

simplemente ha de existir descendencia común y la confianza en lo que el otro progenitor decida, aunque no exista pareja ni convivencia *more uxorio*. A mi juicio, aunque entre estos autores me encontré yo³, cuando se produjo la reforma de 2003, y así lo defendí en algunos trabajos, actualmente ha cambiado mi postura. Entiendo que se debe exigir algo más que una descendencia común, y la confianza entre los progenitores no se puede generar exclusivamente de una relación sexual sino afectiva. Para esa afectividad son precisas situaciones fácticas mínimas que conformen la base de esa convivencia o al menos afectividad: mesa, habitación....Ciertamente si se tratase de varios hijos comunes, ha existido más que una mera relación esporádica, pero de existir uno solo, como no sea que se trate de varios descendientes de este o de una incapacidad del hijo, tendría poco sentido la admisión sin una confianza derivada de afectividad que nace de la convivencia. Incluso en estos casos, se hace difícil entender esa confianza en el delegado sin algo más que la descendencia común.

Señala GARCIA RUBIO⁴ que puestos a analizar el texto legal debe observarse que el número 6 del artículo 831 CC menciona a las personas (no casadas entre sí) que tengan, no hijos comunes, sino «descendencia común», lo que literalmente autorizaría la delegación hecha, por ejemplo, por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común. Indudablemente, no fue esa la voluntad del legislador, que simplemente trató de equiparar a todos los efectos la posición de su viudo y de los hijos nacidos de esa unión matrimonial con la del núcleo familiar compuesto por la persona con quien tuvo hijos sin contraer matrimonio y esos mismos hijos. Y fuera de esos supuestos, no cabe la delegación. Además, entiende esta autora que de la naturaleza de la facultad conferida se deduce una delegación entre cónyuges, y a las facultades del fiduciario se añaden los derechos sucesorios (cuota legal usufructuaria o su capitalización) del cónyuge — al menos, su legítima—, con los cuales suele actuar en “sinergia”⁵. En caso de que el facultado hubiese sido pareja hecho del otorgante habría que ver si le corresponden o no derechos sucesorios en la herencia del primero los cuales, a pesar de lo que se

(deducible del contenido general del trabajo). RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fernando Estevill) Pag 237 y s.s.. Aunque mi criterio ha variado en esta tendencia, con respecto a la opinión sostenida anteriormente.

³Mencionada nota anterior.

⁴GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 58 a 110, en especial página 88)

⁵Término que utiliza GARCIA RUBIO en su obra mencionada “La reformulación...” (pag 88)..

establezca en cualquiera de las leyes de pareja existentes en Derecho común, que vendrán determinados por la vecindad civil del causante que, por hipótesis, es la común, pues si no fuese así, se aplicarán sus legislaciones forales especiales, que contienen instrumentos de delegación más efectivos en muchos casos, como veremos. Y sin embargo, los derechos sucesorios legales del otro miembro de pareja de hecho son inexistentes, al igual que sucede cuando se trate simplemente del otro progenitor de la descendencia común; en ambos casos, si el causante no los ha designado como sucesores voluntarios, ninguna “sinergia” será posible.

Así pues, la existencia de matrimonio, en principio sigue siendo requisito previo, pero con la redacción de 2003, se contempla en un apartado especial del precepto, la posibilidad de la concesión de la delegación en el caso de relación análoga, esto es las parejas de hecho, equiparadas totalmente en esta institución a los matrimonios. Veremos detenidamente esta circunstancia. Pero en primer lugar, analizaremos el requisito o presupuesto previo de la existencia de matrimonio válido.

Son dos los momentos que se han de tener en cuenta en la apreciación del cumplimiento de este presupuesto para que tenga validez la fiducia: en primer lugar, el del tiempo de la concesión, esto es el del otorgamiento del testamento, momento en el que desde luego debería cumplirse el requisito que tratamos. En segundo lugar, el momento de la apertura de la sucesión, o mejor dicho, el instante anterior a la apertura de la sucesión, o si se quiere el de la vocación hereditaria. El que se exija en ambos momentos o tan solo en uno de ellos, determina que pueda o no ser válida la fiducia sucesoria. Así, por ejemplo, parece claro que debe cumplirse en el primer momento al menos, pero puede ocurrir que se conceda por los próximos contrayentes, en tiempo anterior de su matrimonio o relación de pareja de hecho, cuando ni siquiera eran tal pareja de hecho. Si lo otorgó el concedente en atención a la convivencia futura y descendencia que esperaba tener como consecuencia de la misma, se hace difícil no aceptarlo como cumplido cuando antes de 2003 cabía estipularlo en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio.

Pero parecidos problemas presenta el segundo momento de la apreciación del cumplimiento del requisito o presupuesto de hecho. Si la fiducia se concedió por un cónyuge al otro –casados o pareja de hecho en el momento del otorgamiento del testamento- pero ya no lo estaban a la apertura de la sucesión, puede ocurrir que la misma voluntad del testador manifestada en su última disposición ordenase la

delegación a pesar de la crisis matrimonial. Entonces se plantea la duda de la subsistencia de la fiducia según la interpretación se realice por quienes son partidarios de una tendencia más estricta o más relajada en la apreciación del presupuesto de hecho. No obstante, la interpretación literal del precepto favorece en principio la tendencia estricta, ya que tanto en el párrafo segundo del apartado 1 (...podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos...) como en el párrafo tercero del mismo apartado 1 (Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto...), se emplea la palabra “cónyuge” y no otra, como por ejemplo ex cónyuge, lo que indica que debe cumplirse el presupuesto en ambos momentos.

GARCIA RUBIO⁶ se cuestiona si es un presupuesto la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del comitente. Hemos estudiado anteriormente, que tanto en su versión original, como en la precedente de la reforma de 1981, se solía decir que la facultad delegada sólo podía ser ejercitada por el cónyuge sobreviviente si el matrimonio subsistía al fallecer el delegante. Se deducía tal exigencia de los antecedentes del precepto y de la propia letra del mismo —la facultad se confiere al sobreviviente «muriendo el cónyuge otorgante» de suerte que divorciados ambos o anulado el matrimonio, no cabría el ejercicio de la facultad, ni siquiera por el cónyuge de buena fe. Esto implica que para ejercitar el encargo, el sobreviviente debía mantenerse en estado de viudez, lo cual a partir de 1981 suponía que cuando el causante ordenaba que el supérstite ejercitase la delegación en su propio testamento estaba imponiendo una medida de coacción para que éste no contrajera nuevo matrimonio en tanto no ejercitara la fiducia ya que, de hacerlo, perdería las facultades delegadas. Naturalmente, esta finalidad es historia. La rigidez del requisito de la subsistencia del matrimonio era tal, que ni siquiera podría subsistir la facultad en favor de quien fue cónyuge, aun cuando el causante lo hubiera previsto expresamente a pesar de la nulidad o el divorcio. Pero tras la redacción de 2003, la letra del precepto no exige que la condición de cónyuge que lo era en el momento de la concesión, persista en el momento de la muerte del causante, por lo que podría ejercitar la delegación el divorciado, el separado o aquel cuyo matrimonio con el delegante haya sido declarado nulo salvo, por supuesto, que del tenor del testamento del delegante resulte otra cosa.

⁶GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 58 a 110, en especial 88 y 89)

Se sostiene⁷, opinión que comparto, que no resulta coherente la posibilidad de que se reconozca la delegación en favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos. De mantenerse la tesis de que la nulidad, separación o divorcio extinguen el encargo entre cónyuges habrá de sustentarse, por subyacer idénticas razones, que el otorgado en su caso a la pareja de hecho devendrá ineficaz si concurre alguna de las causas de extinción de este tipo de uniones, lo que nos remitirá, en su caso, a la legislación de parejas aplicable al caso, que no tiene por qué coincidir con la rectora de la sucesión. Y a mi juicio⁸, esto es así porque no van a ser de peor calidad las parejas unidas por el matrimonio que las de hecho. Pero esto lo veremos más adelante, cuando analicemos los efectos para el caso de producción de alguno de estos eventos.

Ciertamente es defendible que la exigencia de la causa en la institución de heredero del artículo 767.1 del CC, justificaría la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge por quedar desprovista de causa, en la medida en que el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias hechas a favor del esposo o esposa en situación de normalidad conyugal. Para GARCIA RUBIO⁹, no sólo porque el «beneficio» testamentario previsto en el artículo 831 del CC no supone necesariamente la institución del cónyuge como heredero o legatario del testador, sino porque, aunque esta circunstancia adyacente se diera, la delegación trae su causa en la convicción del testador sobre la idoneidad del delegado para desempeñar su función, y no en la pacífica convivencia matrimonial (o extramatrimonial). En cualquier caso, la finalidad de la reforma de 2003 deja pocas dudas en este aspecto, ya que siguiendo a SECO CARO¹⁰ si el fundamento tradicional de la institución era con carácter principal el vínculo matrimonial y secundariamente la confianza entre los cónyuges, con la norma de 2003, la base secundaria adquiere ahora su verdadera función y se fundamenta en la

⁷GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. Pags. 88 y siguientes)

⁸RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fernando Estevill) Editorial BOSCH ISBN 84-9790-134-7. (página 237) Mi criterio ha variado respecto de esta tendencia hasta ahora.

⁹GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. página 88)

¹⁰SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. (Estudios sobre el artículo 831 CC). Barcelona 1960. (páginas 203 y siguientes).

relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común.

Así pues, como hemos visto en capítulo anterior, hasta 2003 el objetivo del precepto era, “fortalecer la posición del viudo entre el círculo de sucesores y con ello la cohesión familiar”. Con la redacción de 2003, la finalidad de protección del hijo incapaz o incluso discapacitado o sencillamente con problemas económicos o sociales, cobra su protagonismo en la finalidad de la delegación. Se trata de una figura nueva, auténtica fiducia sucesoria.

Pero hay otra doctrina variada. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹¹ lo exige de forma estricta: que exista matrimonio válido entre el cónyuge concedente y el cónyuge concesionario de la facultad, y que tal matrimonio subsista a la muerte del cónyuge testador. Si el matrimonio se disolvió por divorcio, se extingue la posibilidad de utilizar la facultad, porque el testador y el beneficiario de la facultad dejan de ser cónyuges y el superviviente ya no es viudo del fallecido.

Tampoco cabe la delegación si el matrimonio fue anulado, aunque el cónyuge facultado sea el cónyuge de buena fe, los efectos del matrimonio putativo no alcanzan a la delegación. Si bien, como razonaremos, esto tiene sus matices, y la cuestión puede tener otras soluciones dependiendo de la interpretación que se dé a la norma y sobre todo al testamento que origine la fiducia.

En cambio, para alguna autora¹², puede pensarse que pese a la separación judicial o de hecho, subsiste la posibilidad de utilizar la facultad, porque los cónyuges siguen estando casados entre sí. Sin embargo, SECO CARO¹³, opinión que recoge como oponente la misma autora, entiende que una interpretación literal y el silencio del artículo 831 CC no parecen razones suficientes para fundamentar una respuesta afirmativa; ni siquiera el artículo 834 CC que mantiene la legítima del cónyuge separado judicialmente o de hecho. El carácter *intuitu personae* de la institución, basado esencialmente en la fiabilidad, parece extinguir la fiducia cuando se pierde esa confianza en el otro cónyuge. Como luego veremos, esto tiene su apoyo en los artículos 102 y 106 CC (ALBALADEJO GARCÍA¹⁴); por analogía habría que aplicar la misma

¹¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII. Fascículo I-II-Julio-Septiembre 2005. Editado por Ministerio de Justicia (Pág. 1123 y 1124).

¹² LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831...” (Nota anterior, pag. 1124).

¹³ SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo” (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español) Barcelona 1969 (páginas 208 y s. s.)

¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. RDP, 2005 (nº 69) (Pág. 6 y s.s.)

solución a la separación de hecho, aunque esta tiene su regulación específica, como veremos detenidamente en el apartado 6º del precepto.

La redacción del artículo 834 CC (y por los mismos principios la del 945 CC) vincula la negación de los derechos legitimarios al estado legal de separación, de forma que se deben interpretar las normas en relación con el contexto de las nuevas disposiciones y la realidad social del tiempo actual en que han de ser aplicadas y la consideración jurídica del ordenamiento como un todo completo y coherente. Antes de 2005, la doctrina y jurisprudencia menor¹⁵, recogían de forma clara que la pérdida de derechos del cónyuge viudo debería ser solo consecuencia de una sentencia. Pero desde la reforma de la Ley 15/2005, de 18 de julio, se produjo un cambio importante en esta tendencia. Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 25 de junio de 2007, se exigió para la negación del derecho del cónyuge viudo, que al fallecimiento del causante, el viudo o viuda estuviesen separados de hecho por mutuo acuerdo y que esa separación, si era de hecho, constase fehacientemente, con lo que se excluían las separaciones de hecho que hubiesen sido impuestas unilateralmente por uno de los cónyuges, de forma que se exigían los dos requisitos: mutuo acuerdo y constancia fehaciente. En la Sentencia del T. S. J. de Aragón¹⁶, se establece que la circunstancia de que la separación de hecho conste fehacientemente no requiere necesariamente constancia documental, sino que basta que en juicio haya prueba que lo acredite sin lugar a dudas.

Sin perjuicio de que más adelante veremos los efectos en este supuesto de la nulidad, separación legal y divorcio, nos detendremos en la cuestión del mantenimiento de esa confianza en el caso de la separación de hecho. La existencia de la separación de hecho de mutuo acuerdo puede determinarse por actos concluyentes: el transcurso del tiempo y el acuerdo en documento fehaciente. La primera, esto es, el transcurso del tiempo, exige una duración dilatada en el tiempo de una ausencia total de convivencia, que implica que la aceptación mutua de esa situación de hecho se ha consolidado (S. T. S. de 13 de junio de 1986¹⁷, en la que se trataba una separación de hecho de más de cuarenta años, sin intento alguno de reconciliación por parte de los esposos, fue

¹⁵Resolución de la D. G. R. N. de 25 de junio de 1997 y la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de mayo de 2003.

¹⁶Número 4/2007 en cuadernos Lacruz Berdejo (op cit.)

¹⁷Repertorio Jurisprudencia VLEX número 374.

calificado por el Tribunal de separación consentida. Se interpretó que no había deseo por parte de ninguno de los esposos de evitar la separación de hecho, por lo que habían cesado en sus derechos sucesorios tanto intestados como legítimas). En estos casos de separación de hecho de mutuo acuerdo, se excluye al cónyuge viudo, pues no puede estar ligado con el causante quien ha decidido vivir separado de él, lejos de la órbita de sus afectos e intereses. Tiene el inconveniente de la necesidad de prueba de ese transcurso del tiempo, lo que solo se puede acreditar por los Tribunales de Justicia. El segundo medio de acto concluyente es el de la sustitución de gananciales por separación de bienes, acreditada esta por documento público. Es más efectivo, porque supone regular la separación de hecho por los cónyuges de mutuo acuerdo en escritura pública, bien sea en las mismas capitulaciones matrimoniales en que se pacta nuevo régimen económico matrimonial –preferentemente separación de bienes- o bien en escritura reguladora de la separación de hecho, que en las Notarias se autorizan en la actualidad de forma habitual. Es una regulación de futuro de su separación personal que puede acompañar a las ordinarias de régimen económico matrimonial, o recogerse separadamente. Lo cierto es que se trata del medio más claro y efectivo de acreditar fehacientemente tal situación de separación de hecho.

No obstante, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁸, entiende que si pese a la separación de hecho o incluso la judicial, el cónyuge concedente de la facultad sigue confiando en el otro, cosa que bien puede suceder, la delegación será válida. La demostración de la confianza puede ser expresa o tácita: expresa si el testador en su testamento dice que pese a la separación concede facultades a su todavía cónyuge; tácita si concede la facultades en su testamento al otro cónyuge después de haberse producido esa separación judicial o de hecho. Por lo que se hace esencial a mi juicio, la expresión de las circunstancias y relación que existan entre el concedente y el futuro fiduciario, que se detallarán en el testamento, y que servirán de causa y justificación y acreditación en su caso ante una posible reclamación de alguno de los hijos o legitimarios.

Por lo tanto, es evidente que si el testamento se dice que pese a la separación de hecho, se sigue delegando, me parece incontestable que la facultad sigue viva, puesto que el vínculo matrimonial sigue existiendo y la voluntad del cónyuge testador es

¹⁸LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1124 y 1125).

clarísima. De la misma forma, si se otorga el testamento después de la separación, también es evidente porque la voluntad del testador así lo impone. La cuestión más delicada es la de separación de hecho con testamento anterior en el que se concede la facultad y falta de modificación de dicho testamento. Lo veremos detenidamente en el apartado siguiente relativo a los efectos de estas rupturas matrimoniales tras la concesión de la delegación. No obstante anticiparé que en este caso, a mi juicio se trata de una cuestión de acreditación de la falta de confianza. Para los casos de divorcio e incluso también en el caso de separación legal, las doctrinas partidarias de la interpretación literal o estricta, entienden que no hay duda de la falta del presupuesto, porque así lo dice el precepto conforme hemos visto antes (párrafo segundo y tercero del apartado 1 del artículo). Pero en los casos de separación de hecho, podremos acogernos a los efectos que para otros derechos sucesorios establece el Código Civil.

En resumen, para el caso de la sucesión abintestato, el artículo 945 CC (redacción Ley 15/2005), niega la sucesión del cónyuge viudo que estuviera separado judicialmente o de hecho, y en el caso de la sucesión legítima, el artículo 834 CC (redacción Ley 15/2005) priva de la cuota legal usufructuaria al que estuviera separado judicialmente o de hecho igualmente. En consecuencia, si aplicamos los mismos efectos para la institución del 831 CC, encontramos que se vería privado del ejercicio de la fiducia. Lo cierto es que la redacción actual del 831 CC, como hemos visto, es de 2003, mientras que las actualizadas de los artículos 834 y 945 CC son ambas de 2005, por lo que a la fecha de la elaboración de la delegación de la facultad de mejorar, no se pensó en la separación de hecho, tal como fue recogida por otros preceptos dos años más tarde con la Ley 15/2005.

2.-EFECTOS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO, TRAS LA CONCESIÓN DE LA FIDUCIA EN EL TESTAMENTO; EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN EN SU CASO.

Como hemos visto, la discusión de si el matrimonio debe reunir los requisitos clásicos de validez y no ruptura como consecuencia de nulidad, separación o divorcio, se ve complicada con la concesión de la facultad entre las parejas de hecho, por lo que determinar qué efectos produce esa ruptura, se hace cuestión prolija.

El actual texto, dice literalmente: «... *podrán conferirse facultades al cónyuge...*», lo que significa la exigencia de matrimonio en principio. Así pues, con independencia de

la equiparación hecha en el número 6 a las parejas de hecho, contemplaremos cual es la forma y cómo funcionaría el requisito, para después analizar como encajaría la habilitación de esas parejas.

Por otra parte, la necesidad de la consumación del matrimonio¹⁹, hoy arcaica y en desuso (no aparece ya en el Código Civil), ha sido sustituida por el requisito de validez y el de su subsistencia, es decir que no se haya roto el vínculo por separación ó divorcio.

En otro orden, se ha criticado (MARTÍN PEREZ²⁰) que la reforma no se aprovechara para aclarar qué ocurre si después de otorgado el testamento existe separación, divorcio o nulidad del matrimonio. Como hemos analizado anteriormente, nada dice el precepto sobre si el testador puede mantener la fiducia a pesar de que exista separación, nulidad o divorcio posterior al testamento. Si el fundamento de la delegación es la confianza que uno de los progenitores tiene en el otro, podrá concederse esta facultad incluso después de la separación, la nulidad o el divorcio, siempre que existan hijos comunes. Igualmente, habrá de admitirse la validez de la disposición del testador por la que prevé que se mantenga la fiducia a pesar de la separación o el divorcio. En ambos casos, manifestó su voluntad el testador, bien antes de la crisis matrimonial, previéndolo para ese caso, o bien después, consintiéndolo después de aquella. Ahora bien, más dudoso es si se mantiene la delegación cuando se concede durante el matrimonio y posteriormente se produce la separación, nulidad o divorcio, sin que exista previsión alguna por parte del testador, y que por lo tanto, no haya manifestado su voluntad. Hay razones suficientes para defender que la delegación debe extinguirse, porque puede existir una quiebra de la confianza, desapareciendo entonces el fundamento para su subsistencia. La extinción se produciría desde la admisibilidad de la demanda de nulidad, separación o divorcio, por aplicación del artículo 102 del Código Civil conforme analizaremos a continuación.

Este presupuesto de la norma se ha considerado que era algo tradicional, esto es, que provenía de los antiguos textos de la vieja redacción del artículo 831, de donde traía causa. Desde luego, con las dos redacciones anteriores, en las que se consideraba

¹⁹Ciertamente, para la fiducia es necesaria la descendencia común, pero habido que caben hijos adoptivos o engendrados por inseminación artificial, es algo dentro de lo posible

²⁰MARTÍN PÉREZ, J. A. “La delegación de la facultad de distribuir la herencia como instrumento favorecedor de los discapacitados en la sucesión”. “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”. Dirigida por Pérez de Vargas Muñoz. LA LEY, Grupo Walters Kluwer. 1ª Edición de 2011. ISBN 978-84-8126-814-0. (Pág. 271 a 283, en especial 275 y siguientes).

requisito imprescindible la existencia de un matrimonio, toda la doctrina estudiaba los casos de nulidad, separación y divorcio –desde la redacción de 1981- para ver en qué supuestos podría entenderse que se creaba una situación de la que había que deducir una pérdida de confianza entre el concedente y el fiduciario, derivando de ello una pérdida de las facultades concedidas.

Entendió ALBALADEJO GARCÍA²¹, que aunque nada dijese la ley, era razonable considerar que fundada en la confianza de los interesados la figura de la delegación de la facultad de mejorar, si el matrimonio era nulo o se divorciaba el concedente, la perdía el cónyuge al que se confió. Por otro lado nos dice, que lo que sí dice la ley, párrafo 2º, es que «corresponderá al cónyuge sobreviviente...» y, desde luego, en caso de separación, nulidad o divorcio no se hablaría de cónyuge sino de ex cónyuge. En este mismo sentido, continúa diciendo este autor que, pendiente el proceso de nulidad, divorcio o separación, es de aplicación el artículo 102 CC, según el cual: «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen por ministerio de la ley los siguientes efectos:... 2º quedan revocados el consentimiento y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro». El artículo 106, 2 señala que acabado el procedimiento «la revocación del consentimiento y poderes se entiende definitiva». Con este razonamiento, ALBALADEJO GARCÍA²² concluyó que, si después de concedida la facultad se declarara que el matrimonio era nulo o se produjese la separación o el divorcio, el nombramiento de fiduciario decaería, pero no sólo porque la ley exija la existencia de matrimonio, sino porque habría que presumir que en estos casos se había producido una pérdida de la confianza entre el concedente y el fiduciario. En consecuencia, siendo ésta el fundamento de la fiducia, no cabe duda de que perdida aquella, se extingue. Comparto esta opinión, aunque sea tomando como argumento la extinción del mandato y las representaciones entre los cónyuges para los casos de crisis del matrimonio, porque a fin de cuentas, presenta la misma naturaleza de confianza en cuanto a su concesión, o quizás más en el caso de la delegación que nos ocupa, que concede facultades para después de la muerte.

²¹ALBALADEJO GARCÍA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra...” (Op. Cit. Pág. 8 y s.s.). En el mismo sentido PEREÑA VICENTE, M. “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. (Pág. 1833).

²²ALBALADEJO GARCÍA, M. “Discurso de investidura como Académico de Número en la Academia de Jurisprudencia y Legislación” Publicaciones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Cometa 1983 (página 35).

También entiende ALBALADEJO GARCÍA²³, de acuerdo con LACRUZ BERDEJO²⁴, que más discutible resulta si, separados legalmente los cónyuges o incluso divorciados o anulado su matrimonio, podría subsistir la facultad que hubiese sido concedida para tal evento, o concederse de nuevo, por cuanto se trata de hacer una división entre hijos comunes. Y aún más, por cuanto la fiducia constituye una excepción a la regla general del Código civil de personalidad e indelegabilidad de las disposiciones *mortis causa*; por lo que, en defecto de norma expresa en contrario, sólo puede concederse a unos cónyuges cuyo matrimonio no se halle oficialmente en crisis. A mi juicio, aunque se haya producido ésta, la voluntad soberana del causante, imperio de su sucesión, puede conceder la delegación o fiducia en este caso, siempre y cuando al hacerlo hubiese conocido o previsto expresamente la situación de nulidad, separación o divorcio; y esto, porque de la misma forma está admitida en el Código Civil la dispensa oportuna o el perdón de una causa de desheredación. Sin embargo, en la fiducia, no es lo mismo que ésta, porque supone que el cónyuge (o el pariente) que incurrió en ella y que por tanto podía verse privado de su derecho sucesorio (derecho que le concedía la ley en cuanto se tratase de legitimario), queda limpio de esa tacha. En cambio la delegación es una facultad excepcional que ha de acomodarse a los requisitos que pide la norma para su ejercicio. No parece que se pueda eludir por mucho que quede claro que esa era la voluntad del causante, como no fuese expresada en el testamento.

Pero tenemos otras doctrinas que de forma estricta exigen el presupuesto. Refiriéndose a la antigua redacción del 831 CC, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO²⁵ afirmó que el matrimonio del cónyuge viudo con el cónyuge premuerto delegante debería ser válido y la unión eficaz al momento del óbito. No basta, pues, que habiendo nulidad de matrimonio, separación legal o divorcio, el cónyuge viudo haya sido declarado de buena fe en la nulidad del matrimonio o inocente en la separación o divorcio –como posteriormente veremos, esta apreciación ya no ha lugar desde la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2005-; pues, aun así, pierde

²³ALBALADEJO GARCÍA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. (Op. Cit.Pág. 18)

²⁴LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Sucesiones. 2ª Edición 2004. (pag 354 y s.s.).

²⁵CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.L. “La mejora”. Edición 2003.(Pag 84 y s.s., en especial la 90)

por la ruptura del vínculo matrimonial las facultades delegadas, ya que es evidente que con la desaparición del matrimonio, se esfuma paralelamente la fiducia de naturaleza familiar que es la base de la delegación. De la misma opinión son DÍAZ FUENTES²⁶ y VALLET DE GOYTISOLO²⁷.

Y ya con la redacción de 2003, SEDA HERMOSIN²⁸, coincide con la doctrina estricta en que exista matrimonio en el momento del óbito por entender que esta figura es de naturaleza familiar y que destruida la familia su existencia no tiene razón de ser. La doctrina, va más allá de la presunción de pérdida de la confianza entre los miembros de la pareja, en este caso cónyuges, pues, no sólo no concede validez a que el concedente al nombrar fiduciario prevea que la separación puede producirse y declare su voluntad de que la fiducia persista llegado el caso, sino que tampoco admite que pueda nombrar fiduciario al cónyuge tras la separación. Pero esta, es discutible, porque cabe perfectamente la posibilidad de un matrimonio divorciado, que no obstante, por lo que se refiere a los hijos comunes, tengan entre ellos una confianza absoluta de distribución en el futuro el patrimonio o parte del patrimonio familiar, sobre todo, si se piensa que entre esos hijos comunes pueda existir alguno discapacitado o incapacitado judicialmente. La cuestión es si por mucha confianza que se tenga, falta el presupuesto legal que se pide, de que exista matrimonio, que sea válido y se mantenga al día del fallecimiento. A fin de cuentas esta es la verdadera razón de ser del precepto, esto es, la protección del discapacitado, si bien es cierto que para eso hay otros mecanismos jurídicos recogidos por la Ley, y éste es excepcional en el Código Civil.

En cualquier caso, ni el matrimonio ni la convivencia son solo las circunstancias que habilitan a una persona para ser nombrado fiduciario, sino que es también la existencia de hijos comunes con el testador. En principio, el matrimonio y el divorcio que se hayan producido posteriormente a esa concesión de la delegación, la anulan (aunque este es otro de los presupuestos de la delegación que veremos); pero no ocurriría en el supuesto de mostrarlo así la voluntad del concedente, en cuyo caso, ni el divorcio ni la separación modificarían las circunstancias que le habilitaron para el

²⁶DÍAZ FUENTES, A. "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa" Anuario de Derecho Civil, Tomo XVIII, Vol. 3-1965. (pag 591 y 892)

²⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Comentario al artículo 831 del Código Civil" (en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Edición de 1984).(pags 409 y 410).

²⁸SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". (Academia Sevillana del Notariado). (pags 267, 268 y 269).

nombramiento. De acuerdo con esta premisa DÍEZ GOMEZ²⁹ ya señalaba que de *lege ferenda* podría defenderse la extensión de la facultad de delegar en favor de la madre de los hijos del disponente, no sólo en los casos de nulidad y divorcio sino en los de descendencia extramatrimonial, puesto que el fundamento de la institución puede pensarse que es, más que la *affectio maritalis*, la confianza que se deriva de que el comisario-fiduciario sea padre o madre de los llamados a heredar. Como vemos, este autor sigue entendiendo que fiducia es confianza, pero que la confianza entre el concedente y el fiduciario no se debe ni a la existencia del vínculo matrimonial ni a la convivencia, sino a la existencia de los hijos comunes. Su confianza se limita únicamente a un aspecto: que actuará correctamente a la hora de distribuir sus bienes entre sus hijos. Y esto es suficiente motivo. No obstante, no es ajeno a la práctica que en los supuestos de nulidad, divorcio o separación judicial, lo habitual (aunque haya excepciones) la confianza se quiebra bastante. No olvidemos que además no tiene que haber pasado a posteriores nupcias o relación análoga, lo que es difícil que no se produzca en esas situaciones.

La actual redacción del artículo 831 mantiene exactamente la misma expresión: «corresponderá al cónyuge sobreviviente...» por lo que cabría seguir razonando como lo hacía ALBALADEJO GARCÍA³⁰, y así lo hace este autor, en el sentido de que si la delegación pudiera seguir produciendo efectos tras la nulidad o el divorcio, la norma debería hablar también del ex cónyuge. También entiende que seguirá siendo de aplicación el artículo 102 y 106 del CC en cuanto a la revocación de los consentimientos y poderes.

Según sostuve en el año 2003, con la publicación del nuevo 831 CC, (RUEDA ESTEBAN³¹), el hecho de que el artículo 831 CC en su primer párrafo sigue diciendo «podrán conferirse facultades al cónyuge» significa, en principio, la exigencia de un matrimonio, aunque después habrá que analizar la posibilidad de una dispensa por la voluntad del concedente y la equiparación hecha en el número 6 con las parejas de hecho. Así pues, como mantuve en su día, para que persista la delegación hecha a favor del cónyuge es necesario que no se haya roto el vínculo por separación o

²⁹DÍEZ GOMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial 1982 (pag. 411 y s.s.).

³⁰ALBALADEJO GARCÍA, M. “El otorgamiento de la facultad de...” (en nota anterior, pag 9 y s.s.)

³¹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil”. (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado-2005) (Nº 279)(pag 971 y s.s.). . “El artículo 831 del Código Civil” (Op. cit. página 167).

divorcio, salvo disposición especial del causante-concedente que la mantenga; pero en cuanto a la declaración de matrimonio nulo, con la actual redacción, quedarían equiparados a pareja de hecho, en el caso de subsistir el vínculo afectivo. Sin perjuicio del análisis que haremos posteriormente sobre la situación de las parejas de hecho.

En definitiva, el que fue requisito esencial, hoy se ve perjudicado y puede dar lugar a numerosas dudas y cuestiones habida cuenta de lo razonado anteriormente, y además del desafortunado número 6 del artículo 831, que es de regulación insuficiente y poco aclaratoria (lo veremos más adelante detenidamente).

El artículo 831 CC no resuelve la casuística de las crisis matrimoniales en la fiducia sucesoria que regula; especialmente no recoge los problemas de las situaciones del causante que falleció separado, divorciado o con matrimonio anulado. Ya hemos sostenido en el capítulo anterior, que en virtud del principio de autonomía de la soberana voluntad del testador, cabe mantener la fiducia si así expresa en su testamento, la orden o deseo de mantener la delegación de la facultad de mejorar a favor de su ex cónyuge, siempre que tenga descendencia común con él. En el capítulo de los presupuestos de la fiducia, contemplamos las diversas doctrinas opuestas sobre la materia y a esas nos remitimos. Pero en el caso de que no haya manifestación de la voluntad del testador en este asunto, cabe entender que la fiducia ha quedado revocada, porque se ha quebrado la confianza, si bien no es tan claro en los casos de separación de hecho, debido a claras complicaciones con la prueba y efectos probatorios. No obstante, nosotros estimaremos que si se puede probar, entenderemos que también se revoca, porque no hay más que pensar en que la separación de hecho, basta para privar al cónyuge de la cuota legitimaria, eso hace pensar que la idea del legislador es que en situaciones de crisis, la fiducia se extinga, salvo que ya producida esta separación de hecho, el testador la salve reafirmandose en su voluntad de delegar a favor del fiduciario. Por esto, tenemos un elenco de casos y posibilidades que con SEDA HERMOSIN³² resumimos en varias situaciones.

2.1.- Situación normal. Si al tiempo del fallecimiento del testador concedente, el matrimonio no se encontraba en crisis, sin haber estado afectado por nulidad, separación o divorcio, el cónyuge superviviente conserva la facultad de fiducia sucesoria y puede ejercitarla sin mayor dificultad dentro de los plazos que analizaremos más

³²SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pag. 267)

adelante.

2.2.- Situación de matrimonio divorciado. En principio parece evidente que la facultad atribuida queda automáticamente extinguida, pues no se da la condición de cónyuge en el momento del fallecimiento del delegante, ya que el matrimonio deja de existir por el divorcio. En este sentido, ya hemos expuesto en el apartado relativo a los presupuestos de hecho, las interpretaciones de la doctrina respecto a las menciones del 831 CC sobre << corresponderá al cónyuge superviviente...>> y << el cónyuge, al ejercitar...>>, que según ALBALADEJO³³, podría haber dicho ex cónyuge, pero no lo hizo. No obstante, esta idea general debe ser matizada, en el sentido que hemos comentado anteriormente; volveremos sobre el apartado 6 del artículo 831 del Código Civil, criticable y perturbador en muchos aspectos por su poca precisión, donde como novedad se reconoce la posibilidad de atribución de la facultad de fiducia sucesoria entre personas que, no estando casadas entre sí, tienen sin embargo descendencia común. Esto incluye un sinfín de posibilidades como por ejemplo un matrimonio divorciado (por lo tanto ya no son matrimonio), pero que se reconcilian y conviven posteriormente como pareja de hecho. Si siendo cónyuges se concedieron la facultad de delegar y el fallecimiento se produce divorciados pero se puede probar la convivencia *more uxorio*, realmente la facultad podría ejercitarse; ciertamente hubo un tiempo en el que no eran matrimonio, y aún no habían comenzado su andadura como pareja de hecho, pero la norma en su espíritu puede acoger también estas situaciones. Actualmente, la admisión de las parejas de hecho como posibles delegantes y delegados es un hecho y realidad contemplada por el precepto que estudiamos, ahora bien, lo que carece de sentido es que se sea más exigente con los matrimonios que con las parejas de hecho. Por lo tanto, a estas últimas se les concede en tanto en cuanto se puedan considerar situaciones similares a la del matrimonio. Si bien, cabe entender que con la equiparación de las parejas de hecho, debiera admitirse también la reconciliación y posterior vida conjunta como rehabilitador de la concesión de la facultad. Si la situación de los ex cónyuges reúne los requisitos que se exijan a las parejas de hecho, no cabe duda de la validez de la delegación. En este caso, se harían necesarias las pruebas indubitadas de esa situación de nueva convivencia.

³³ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de Derecho Civil V”. Derecho de Sucesiones Barcelona 1997. “La Mejora” (Op0. Cit. páginas 374 y s.s.).

A juicio de MILLAN SALAS³⁴, en el mismo sentido expuesto, para el caso de divorcio, ya que el matrimonio queda disuelto, la facultad no es posible ejercerla. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (artículo 88 C.c.), y, por consiguiente, volver a concederse la facultad.

Los argumentos del texto son aplastantes: el artículo 831 establece que: «*podrán conferirse facultades al cónyuge*» (apartado 1); «*Corresponderá al cónyuge sobreviviente*» (apartado 2); «*El cónyuge*» (apartado 3); «*La concesión al cónyuge*» (apartado 4); «*Las facultades conferidas al cónyuge*» (apartado 5), expresiones todas ellas que implican la exigencia de matrimonio. No obstante, también hay argumentos del texto que podrían servir para sostener una interpretación mantenedora de la fiducia: el apartado 6 establece que «*Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*»; además, el apartado 5 establece: «*Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiese pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*», causas que han de producirse después del fallecimiento del testador. Lo cierto es que el artículo 831 no se refiere expresamente a que las facultades se pierden por nulidad del matrimonio, separación o divorcio en vida del testador.

Así pues, en caso de divorcio, ya que el matrimonio queda disuelto, la facultad no es posible ejercerla. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (artículo 88 CC), y, por consiguiente, volver a concederse la facultad.

2.3 Efectos para el caso de nulidad del matrimonio. Expusimos que en el caso de nulidad del matrimonio, para algunos autores (SCAEVOLA³⁵, SÁNCHEZ ROMAN³⁶) la concesión de la facultad quedaba invalidada ó extinguida; claro está, que esto lo era en sede la antigua redacción y vieja legislación; no obstante, la mayor parte de la doctrina, con MANRESA NAVARRO³⁷, seguía el criterio de que el cónyuge de mala fe perdía su facultad en ese caso de nulidad, y por el contrario la

³⁴MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. página 412 y 413).

³⁵SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil comentado y Concordado”. Edición 4ª- Madrid 1944 (Pág. 639 y siguientes)

³⁶SÁNCHEZ ROMÁN, F. “Estudios de Derecho Civil”. Tomo VI- Sucesiones Vol. 2º (Pág. 1120 y s.s.).

³⁷MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil Español”. Madrid 1951. (pag 444).

mantendrían los cónyuges de buena fe; hoy habría perdido trascendencia este matiz, ya que se reconoce la facultad a las parejas de hecho, y no van a ser éstas de mejor condición que los matrimonios nulos. Y este es el punto álgido de la cuestión, al menos en parte; el incluir a las parejas de hecho hace absurdo ser especialmente exigente en los requisitos del matrimonio y no con las parejas, pues no puede hacerse al matrimonio de peor condición que a las parejas de hecho. Además, este argumento sirve para mantener que la separación de hecho –tan difícil de constatar en parejas que eran de hecho- no tiene porque afectar en todos los casos a las facultades de delegación). Esto, aunque a juicio de SEDA HERMOSIN³⁸, jurídicamente el matrimonio nulo no ha existido nunca, opinión que acepto pero con ciertos matices³⁹, pues antes de la reforma de 1981, y además en la legislación eclesiástica respecto del matrimonio canónico, si existió la figura jurídica de la nulidad matrimonial; téngase en cuenta, que los efectos legales del matrimonio nulo no se basan en que el matrimonio hubiera llegado a existir, sino en la apariencia creada y el perjuicio a los contrayentes y terceros de buena fe (hijos y en su caso cónyuge de buena fe); y es más, sigue produciendo efectos, tal cual si existiese, a la vista de los artículos 73 y siguientes del Código Civil en los que se regulan las causas de nulidad del matrimonio, y en los 90 CC y siguientes en los que se recogen efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio; por lo tanto, es una realidad jurídica incuestionable; de estos preceptos resulta como se protegen los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe. En definitiva, la ley permitía determinados efectos para los hijos en cualquier caso y para el cónyuge de buena fe, pero esto no quería decir que el matrimonio hubiese existido en ningún momento. Es este un caso más, en el que el derecho permite que una apariencia genere determinadas consecuencias jurídicas. Pero obviamente esas consecuencias no son las que se darían si el matrimonio hubiera sido real. Aunque algunos autores (RUEDA ESTEBAN⁴⁰) han pretendido defender con ello la subsistencia de la facultad atribuida antes de la anulación, SEDA

³⁸SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 268)

³⁹Un matrimonio nulo nunca ha llegado a existir como tal, pero se ha podido crear una apariencia y hay unos ciertos efectos para el matrimonio putativo. Pero una cosa es esto (los efectos tasados que marca la ley, que se hace difícil pensar que puedan ampliarse a otros efectos no reconocidos como lo de la fiducia) y otra decir que en algún momento ha habido un matrimonio válido. Lo cierto es que mientras dure la apariencia, no puede decirse que al menos fueron pareja de hecho (techo, mesa y lecho).

⁴⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado... (Op. Cit. pag 971). En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) (Op. Cit. pag. 168).

HERMOSIN⁴¹ entiende que la clave está en el momento del ejercicio. Ahí es donde a su juicio tiene que seguir siendo cónyuge o pareja de hecho, cosa que no sucede si se ha decretado la nulidad matrimonial o ha cesado la convivencia de la pareja. Y ello, aunque el supérstite haya sido cónyuge de buena fe, pues se protegen los «efectos producidos», no los que están por producir.

En conclusión, los efectos para los casos de nulidad matrimonial los resume MILLAN SALAS⁴²: Antes de 2003, en caso de nulidad matrimonial, ni siquiera el contrayente de buena fe podía ejercitar la facultad concedida en base al artículo 79 CC que recoge la figura del matrimonio putativo, estableciendo que: «*La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume*». En consecuencia, con arreglo a este artículo hemos de destacar dos situaciones: una, la surgida desde la celebración del matrimonio hasta la sentencia declarativa de nulidad matrimonial, y, otra, la surgida después de la sentencia. En la primera situación, los efectos producidos durante la misma respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe no son invalidados por la declaración de nulidad del matrimonio. De tal forma, que si durante este período de tiempo muere el contrayente otorgante y el sobreviviente de buena fe ejerce la facultad concedida, ese ejercicio sería eficaz y no lo invalidaría la declaración posterior de nulidad matrimonial, porque en estos casos no tiene efectos retroactivos. En cuanto a la situación surgida después de la sentencia de nulidad, se deduce que no existen efectos posteriores a dicha sentencia, en base a una interpretación *a sensu contrario* de la expresión «no invalidará los efectos ya producidos». Por lo tanto, si la declaración de nulidad tiene lugar antes de que el contrayente sobreviviente de buena fe ejerza la facultad, no sería posible tal ejercicio. Tras la redacción de 2003, como hemos razonado anteriormente, en estos casos, a nuestro juicio, se trata de una cuestión de acreditación de la falta de confianza. Pues, como hemos analizado, para los casos de separación legal o divorcio, no hay duda de la falta de presupuesto porque así lo dice el precepto.

⁴¹SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 268)

⁴²MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (pag. 403 a 433, en especial la página 411). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1.

Así pues, hasta el año 2.003, los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, si bien no invalidarían los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge supérstite de buena fe, excluirían la posibilidad de su posterior ejercicio; pero con la equiparación de las parejas de hecho, incluso serían válidos los actos de ejercicio de la facultad posteriores a la declaración de nulidad en determinadas circunstancias que veremos, tales como aquellas situaciones en las que la voluntad del causante manifestada en su testamento así lo haya establecido específicamente. Por ejemplo, declara su deseo u orden de que continúe la fiducia a pesar de haberse producido una situación de las que ocasionan la nulidad matrimonial.

2.4 Efectos en la fiducia para el caso de separación legal. En el caso de separación legal, como hemos visto, también se extinguiría la concesión de la facultad, a menos que posteriormente entre los cónyuges mediase perdón ó reconciliación, ya que entonces se revitalizaría (VALLET DE GOYTISOLO⁴³, ALPAÑES⁴⁴).

Aunque subsiste el matrimonio pese a la separación, para SEDA HERMOSIN⁴⁵, el fundamento de la institución es la relación de confianza (fiducia) entre cónyuges, relación que quiebra en caso de separación. Por esto, a su juicio, en el matrimonio separado judicialmente, no subsiste esta facultad, a salvo lo que hemos comentado en el capítulo anterior. A mayor abundamiento, el artículo 102 del Código Civil, como ya razonamos anteriormente, declara revocados todos los consentimientos y poderes otorgados por un cónyuge a favor del otro, por el simple hecho de interponer demanda de separación; y lo ratifica el artículo 106 para el caso de haberse decretado ya judicialmente la separación. De todo esto se deduce lo siguiente: En primer lugar, que el cónyuge separado judicialmente no conserva esta facultad, salvo los casos excepcionales que hemos reseñado cuando se manifiesta así la voluntad del testador. En segundo lugar, que, si al tiempo del fallecimiento del testador, el procedimiento de separación estaba iniciado pero no concluido, igualmente queda revocada esta facultad (artículo 102 CC), sin que sea necesario esperar al resultado del procedimiento. Entre otras circunstancias porque con la regulación actual del matrimonio, iniciado el procedimiento, si ha transcurrido el plazo legal inicial para hacerlo, el juez no va a considerar-como antes de 2005- si hay o no causas de separación, sino que la decretará.

⁴³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Comentario al artículo 831 del Código Civil" (en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Edición de 1984). (pag. 408 y 409).

⁴⁴ALPAÑES, E. "La delegación de la facultad de mejorar". R.G.L.J. 2854-1953. Tomo XXVI (Pág. 318).

⁴⁵SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil" (Op. Cit. Pag. 266 y s.s., en especial 268)

En definitiva, la falta de convivencia es lo que determina que, –según la jurisprudencia más reciente-, cuando es segura la ruptura, el fin del régimen de gananciales y el derecho a la legítima. En este sentido la determinación de la filiación matrimonial recogida en el artículo 116 CC, que utiliza parecidos parámetros. Todo eso incide en la idea de que se entiende que se ha producido la extinción y no existe ya una delegación válida.

A mí juicio, que comparten SEDA HERMOSIN⁴⁶ y SIERRA PEREZ⁴⁷, no cabe pues invocar que si el testamento anterior no se revocó, pese a la separación, se entiende que subsiste la atribución de la facultad, pues, como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de enero de 1995, la voluntad del testador queda cristalizada en el momento de otorgar el testamento, para que produzca efectos a su fallecimiento, y sin que se pueda estimar una intencionalidad de tracto sucesivo, que, además es sólo eso, una intencionalidad, no una voluntad firme y clara plasmada por escrito con las formas solemnes del testamento. Todo esto, lo hemos expuesto más detenidamente en el capítulo relativo a los presupuestos de la fiducia.

MILLAN SALAS⁴⁸, para el caso de separación matrimonial, entiende que el cónyuge sobreviviente no puede ejercer la facultad concedida cuando al morir el cónyuge otorgante hubiera demanda de separación pendiente de resolución, o estuvieran separados legalmente. Así, según este autor, el artículo 102 CC establece: *«admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: ... 2º: Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»*. Y el art. 106 CC establece: *«Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva»*. De esta forma, el artículo 102 se aplicaría al supuesto de morir el cónyuge otorgante sin que el procedimiento de separación haya terminado, y el artículo 106, se aplicaría, entre otros supuestos, cuando al procedimiento se ponga fin por la reconciliación de los cónyuges separados legalmente, y para este supuesto hemos de traer a colación el artículo 84 CC

⁴⁶SEDA HERMOSIN, M.A. “Facultad de...” (Op. Cit. en la nota anterior. Pag 268 y 269)

⁴⁷SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (Op. Cit. pag. 106)

⁴⁸MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 411)

que establece: «*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto,...*». Por lo tanto, la facultad concedida recobra vigencia en el caso de reconciliación de los legalmente separados.

2.5 En caso de separación de hecho entre los cónyuges.

La doctrina clásica (SANCHEZ ROMAN⁴⁹, SCAEVOLA⁵⁰), entendió que la separación de hecho no afectaba a la institución, pues no producía más efectos en el matrimonio que los que expresamente les reconocía el Código Civil. Otros (ALBALADEJO⁵¹, DIEZ PICAZO Y GULLON⁵²), por el contrario, entienden que si el fundamento de la institución es la relación de confianza, ésta queda igualmente quebrada con la separación de hecho, si bien se plantea un problema evidente de una difícil prueba, que judicialmente podría ser establecida. A mi juicio⁵³, tras la reforma de 2003, seguido por ROCA GUILLAMON⁵⁴ y recogido por SEDA HERMOSIN⁵⁵, esta es una de las cuestiones que la reforma podía haber abordado, dado que la situación de separación fáctica es una realidad muy extendida en la sociedad civil española actual. En principio, la separación de hecho de los cónyuges, no debiera tener relevancia en el tema que nos afecta. Hice consideración de esto por las siguientes razones: en primer lugar la situación fáctica, que en el espectro jurídico exigiría pruebas determinantes de esa separación de hecho y de la voluntad del causante de que la fiducia no continuase en ese caso. Y en segundo lugar, por la fácil revocación que tiene la concesión actual de la fiducia –mediante otro testamento– que en caso de no haberse producido no tiene otra indicación que el mantenimiento de la misma. De mantenerse otra cosa, someteríamos al supérstite a demostrar la buena

⁴⁹SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla y el Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Tomos IV y VI Madrid 1910. (pag 1156 y s.s.)

⁵⁰SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil comentado y Concordado” Edición 4ª – Madrid 1944 (Pag 639 y s.s.)

⁵¹ALBALADEJO GARCIA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. Revista de Derecho privado 2005 (nº 69) (pag 6 y s.s.).

⁵²DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. “Sistema de Derecho Civil” Volumen IV, 3ª Edición. Madrid 1978. Y también en Edición 3ª de 1983. (pag. 546 y s.s.)

⁵³RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 973). En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) (Op. Cit. pag. 168).

⁵⁴ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil – Ley 41/2003)” en la obra “Libro homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García”. Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (páginas 4298 y 4299).

⁵⁵SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s., en especial pag 269)

relación con el causante en el momento de la apertura de la sucesión, lo que supone una prueba improcedente.

Sin embargo, hoy considero que no se puede ignorar una situación de ruptura de convivencia sin que se produzcan algunas consecuencias y que no puede ser ajena esa ruptura a la facultad conferida conforme al artículo 831 CC, porque hay indudablemente una quiebra de la confianza, que se deriva de la separación de hecho. Ciertamente, el cónyuge pierde sus derechos a la cuota legal usufructuaria en ese caso de separación de hecho (ex 834 CC) y en el caso de sucesión intestada pierde su derecho a la herencia en la prelación legal (ex 945 CC) por lo que en buena lógica y semejanza de interpretación, también pierde el derecho concedido por el causante en virtud del artículo 831 CC. Por lo tanto, debemos reconsiderar el juicio emitido entonces, y reconocer que en cierta medida (suficiente) la separación de hecho si afecta a la figura del 831 CC, por cuanto influye en la confianza mutua, que es elemento básico en el que se sustenta la fiducia sucesoria. La solución ofrecida de una modificación testamentaria, solucionaría el problema, pero se convierte en limitada con el paso del tiempo (piénsese en merma de condiciones intelectuales del concedente debido a su edad, enfermedad...) y además, exigiría una especial diligencia y atención por parte del posible revocante. En cambio si es cierto que como la separación de hecho no tiene la misma incidencia que la judicial, si podría defenderse, el que si los cónyuges, en el momento del fallecimiento del delegante se habían reconciliado, valga la fiducia ya que mientras dura la situación de separación de hecho, la concesión de la facultad queda en suspenso, y si hubiera reconciliación se volvería a activar, sin necesidad de un nuevo testamento en el que se vuelva a hacer la delegación.

Ya se perfilaba la categoría de la afectividad de hecho en los escritos anteriores a la reforma de 2003. VENTOSO ESCRIBANO⁵⁶, definió esta relación como “relación de afectividad análoga a la del cónyuge” que a su juicio la distinguía de otras uniones, por ejemplo entre hermanos o entre una comunidad religiosa. Estas uniones no son de las que hablamos, porque evidentemente la relación de afectividad semejante a la de los cónyuges tendrán de ordinario su componente sexual⁵⁷.

En resumen y conclusión, toda esta doctrina mayoritaria, como hemos visto, es

⁵⁶VENTOSO ESCRIBANO, A. “Convivencia more uxorio” A.A.M.N. Tomo XXXVIII. (pag. 221).

⁵⁷ESTRADA ALONSO, E. “Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español” Civitas. 2ª Edición. (Pag. 51).

partidaria de la quiebra de la confianza y por lo tanto de la extinción de la fiducia. Pero es que además, para todos los casos anteriores, los que sostienen esa quiebra de la confianza y extinción de la fiducia, se apoyan como argumento, en que estas situaciones causan la pérdida de la cuota legal usufructuaria conforme el artículo 834 CC.; y no solo esto, sino que también el llamamiento abintestato del cónyuge, recogido en el 945 CC se excluye en los casos de nulidad, divorcio o separación legal o de hecho. En el mismo sentido, el artículo 767.1 del CC, sirve para justificar la ineficacia de la institución, ya que de haber sabido el testador el posterior divorcio, no habría hecho la delegación a favor de quien resultó posteriormente divorciarse (R.D.G.R.N. de 26 de noviembre de 1998). La minoritaria, sostiene que la fiducia subsiste pese a la separación, nulidad y divorcio, no solo, porque el funcionamiento del artículo 831 CC no supone la cualidad de heredero o legatario del cónyuge, ni está vinculado con sus derechos legitimarios, habida cuenta que la delegación es de carácter absolutamente voluntario; no obstante, si lo que permite la delegación es la confianza procedente de la vida *more uxorio* (que es lo común a matrimonio y pareja de hecho, junto a los descendientes comunes), cuando ésta –por la causa que sea, se rompe-, la fiducia puede ser cuestionada y se precisaría una nueva disposición que la reiterase. Además, pudiendo haber revocado el testamento no lo hizo, y en cambio, en la institución se mantiene su manifestación de voluntad respecto de que el fiduciario era la persona idónea y en quien se confía para realizar la distribución y mejoras; todo, sin perjuicio de las crisis matrimoniales y acontecimientos posteriores que han generado las situaciones que para otros puedan significar la quiebra de la confianza, pero que para ese testador no suponen tal quiebra. Naturalmente, el argumento en contra es que el concedente se debería reafirmar en la fiducia, para mantener su validez. En este caso, lo normal es que ante estas situaciones la confianza se deteriore, por lo que debería quedar extinguida la fiducia. La base de la institución, para la tesis minoritaria (RUEDA ESTEBAN⁵⁸), es la confianza y no la *affectio maritalis*, como demuestra que se pueda delegar en cualquier progenitor con descendencia común (interpretación particular del 831.6 CC), lo cual comprenderemos que suscite dudas, ya que es difícil entender que exista confianza sin la *affectio maritalis*, si bien ya hemos cuestionado en este mismo capítulo esta aspecto y preferimos mantener la

⁵⁸RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 971). En “La fiducia sucesoria...” (Op. Cit. pag. 168).

voluntad del causante que impera en su sucesión.

A juicio de SEDA HERMOSIN⁵⁹, partidario de la tendencia de interpretación estricta del presupuesto, si la separación de hecho consta en documento público fehaciente, no habrá dudas, y estará revocada la facultad. No obstante, algunos autores (SIERRA PEREZ⁶⁰) entienden que la separación de hecho no afecta a la institución, pues no produce más efectos en el matrimonio que los que expresamente les reconoce el Código Civil. Otros (RUEDA ESTEBAN⁶¹), por el contrario, entendemos que si el fundamento de la institución es la relación de confianza, ésta queda igualmente quebrada con la separación de hecho, si bien se plantea un problema evidente de prueba que judicialmente podría ser establecida.

2.6 Excepción común a todos los supuestos anteriores. Puede suceder que el matrimonio se haya divorciado, o haya sido declarado nulo, o se haya separado judicialmente; y después de decretarse el divorcio, la nulidad o la separación judicial, un cónyuge o excónyuge haya otorgado al otro la facultad de fiducia sucesoria (por ejemplo, porque cree que es la persona más adecuada para repartir sus propios bienes entre los hijos comunes). En tal caso, ya defendimos en el año 2003 (RUEDA ESTEBAN⁶²) que el divorcio, la nulidad matrimonial o la separación judicial, en determinadas circunstancias, no impiden el ejercicio de esta facultad al cónyuge sobreviviente: primero, porque la causa de quiebra de la confianza (divorcio, nulidad o separación judicial) se ha producido antes de la atribución de tal facultad (testamento posterior); y segundo, porque al amparo del inciso final del artículo 831 del Código Civil también cabe la atribución de esta facultad entre personas que no están casadas entre sí, siempre que tengan descendencia común y mantengan una relación análoga a la del matrimonio. Aunque no hemos de olvidar que la descendencia común no es el único requisito, ya que así lo pudo decir el 831 CC y sin embargo no lo hizo. De hecho aunque exista esa descendencia, la facultad delegada se extingue si hay nuevo

⁵⁹SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". (Academia Sevillana del Notariado). (págs. 267 y s.s.)

⁶⁰SIERRA PÉREZ, I. "La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre". RCL, 2003, nº 2695 (en THONSON ARANZADI 2007) Revista de Derecho Patrimonial- Editorial Aranzadi 2007 (Pág. 90 a 121, en especial las 99 y 100).

⁶¹RUEDA ESTEBAN, L. "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil". (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado-2005) (Nº 279). (paga 971 y s.s.). También en "Los patrimonios..." (Op. cit. ota anterior, pag. 167).

⁶²RUEDA ESTEBAN, L. "La fiducia sucesoria en el....." (pag 972). En "La fiducia sucesoria..." (Los patrimonios...) (pag. 168).

matrimonio, o situación similar o si se tiene un nuevo hijo. Y sobre todo, porque no van a ser de peor condición las parejas casadas que las que están unidas por un vínculo de hecho. Esto último, en principio tan evidente, no supone forzosamente que la delegación sea válida en las las parejas no casadas que no convivan al momento del fallecimiento por ruptura, puesto que el *more uxorio* de dichas parejas, que permite darles en algunos puntos un tratamiento similar al de los matrimonios es precisamente la convivencia. Ciertamente, es difícil mantener esta postura respecto de la nulidad del matrimonio, salvo que hayan pasado posteriormente a ser pareja de hecho, lo que desde luego sería una situación extraña y difícil de producirse.

En resumen, nosotros entendemos que el fiduciario puede serlo el cónyuge supérstite –puesto que así lo recoge en todo momento el texto del artículo 831 CC en su redacción de 2003, heredera de las redacciones anteriores- y el otro progenitor de la descendencia común, aunque no tenga vínculo de relación, sea sexual o afectiva. Porque esa es una relación íntima que no hay por qué exigirla como requisito, pero si la apariencia de constituir o no un matrimonio o pareja de hecho. Puede haber un matrimonio que tras la enfermedad o accidente de uno de los dos sea imposible que vuelvan a mantener relaciones sexuales, y que no obstante tengan una intimidad y se quieran u observen un afecto entre ellos, lo que en nada afectaría al 831 CC. Por lo tanto debe ser una relación cuasi marital o parecida a la marital. En ese caso, la confianza que suscita en el cónyuge o pareja delegante es la misma que podía suscitar un amigo o un pariente, y para éstos el art 831 CC no admite delegación. Esto es lo que se deduce de la interpretación literal del precepto por la peligrosa redacción del apartado 6º, que es perturbador y para el cual, basta como único requisito la existencia de descendencia común, aunque no exista vínculo matrimonial ni unión estable de la pareja, ni convivencia, *affectio maritalis* o como hemos defendido anteriormente, cama, techo y mesa en común. Pero lo cierto es que la única razón de admitir – como hace el 831 CC – que puedan delegar las parejas de hecho, es la similitud de éstas con el matrimonio, en cuanto no haya esa similitud, estaremos fuera de los presupuestos del 831 CC y nos hallamos ante el presupuesto del 830 CC. La situación de engendrar un hijo común, –sin más relación-, no debería suponer la situación del 831 CC. De otra forma hubiera sido preferible que el texto del artículo no se refiriera a matrimonios y parejas y se refiriera simplemente a los progenitores con descendencia común. La interpretación es de todo punto criticable, porque dadas las características del encargo

y su carácter personalísimo, debiera al menos exigirse una afectividad que genere la confianza suficiente para el desempeño de la función.

En definitiva, hay que señalar la falta de previsión del legislador, que no haya elaborado unos requisitos mínimos para que se pueda decir que dos personas constituyen una pareja de hecho en relación con determinados efectos jurídicos que da hoy la pertenencia a esa categoría. Así se es pareja de hecho cuando transcurre un período suficiente de vida conjunta porque hace falta un tiempo mínimo, es preciso haberse inscrito en un registro de uniones de hecho, etc. Se trata de uniones de hecho reguladas de forma distinta en las diferentes regiones autonómicas, y muchas de ellas conviven con disposiciones civiles forales, por lo que en algunas regiones autónomas, para obtener ciertos beneficios de carácter administrativo es precisa la inscripción en el registro de parejas. Esto excede del estudio que nos ocupa, pero lo cierto es que el legislador podía haber previsto la diversidad y conflicto legislativo al que se ha llegado con la deficiente inclusión de las parejas de hecho en el artículo 831 CC. A nuestro juicio, reiteramos que la falta de inscripción en esos Registros Administrativos, sean municipales o autonómicos, en absoluto perjudican la fiducia ni presuponen la inexistencia de presupuesto de hecho, ya que la sola aseveración por el causante, en su testamento, de la existencia de esa convivencia en común supone presunción *iuris tantum* de la misma y por lo tanto se cumple el presupuesto de hecho para la fiducia.

En cualquier caso, habida cuenta la facilidad y posibilidad de revocar el testamento, la situación de separación de hecho no debiera producir problemas, ya que quien hizo la concesión, goza de la misma mecánica para deshacerla. Al equiparar el artículo 831, las parejas no casadas a las casadas a los efectos de concederse la facultad de mejorar, se plantea el problema de cómo vamos a exigir a las parejas casadas que no se rompa el vínculo matrimonial para que la facultad concedida no se pierda, y no a las parejas de hecho al no existir vínculo matrimonial.

Conclusiones ante este problema, las soluciones serían dos: primera, que la facultad de mejorar subsista a pesar de la nulidad matrimonial, divorcio o separación legal de los cónyuges y de la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho; segunda, que la facultad de mejorar se pierda en los casos de nulidad, separación y divorcio en las parejas unidas por matrimonio y desde la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho. Nos unimos a esta segunda.

A juicio de algunos⁶³ respecto a la primera solución, si el otorgante considera, a pesar de producirse alguna de estas situaciones de ruptura, que existe con quien le concedió la facultad de mejorar, una confianza mutua para su ejercicio, la facultad subsistiría; en caso contrario, cuando ya no existe confianza mutua la subsistencia de la facultad de mejorar no sería un problema para quien la concedió, ya que como ésta sólo se puede conceder en testamento, si aquél revoca el testamento en que se hizo la concesión, ésta queda revocada. Pero esto no resuelve los problemas de situaciones de ruptura en las que no se revocó el testamento.

Es cierto que con el texto del artículo 831 CC, el otorgante puede dispensar en su testamento la producción de causas de extinción de la facultad concedida, tales como que el cónyuge viudo o pareja de hecho pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga un hijo no común. Si la producción de estas causas de extinción de la facultad después del fallecimiento del testador-otorgante, pueden ser dispensadas por éste en su testamento, más aún subsistirá la facultad, cuando dichas causas se produzcan en vida del otorgante de la facultad, en cuanto que éste tiene la posibilidad de revocar o no el testamento en donde se concedió la facultad, y consecuentemente ésta, dependiendo de si ha desaparecido o no la confianza mutua entre el otorgante y quien recibió la facultad de mejorar, en aras de la protección del patrimonio del discapacitado

No se perdería, por tanto, la facultad concedida al cónyuge o pareja de hecho cuando en vida del testador pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga algún hijo no común mientras no revoque la facultad por revocación del testamento en que se concedió. La dispensa en testamento de estas causas legales de extinción de la facultad producidas después del fallecimiento del otorgante equivale, cuando estas mismas causas se producen en vida del mismo, a la no revocación del testamento donde fue concedida la facultad, y, por tanto, a su subsistencia.

En cuanto a la segunda solución apuntada, esto es, que la facultad de mejorar se pierda en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio o desde la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho, creemos que es la solución que se ajusta al espíritu de la ley, manteniendo, tras la reforma de 2003, el mismo criterio en los casos de nulidad, separación o divorcio que manteníamos con anterioridad a dicha reforma, y en los casos de parejas de hecho, la ruptura de la convivencia es causa de pérdida de la

⁶³MILLAN SALAS, F. "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil". (Op. cit. pag. 403 a 433, en especial 413 y s.s.).

facultad cuando dicha ruptura sea permanente y no meramente transitoria.

Como muestra y orientación, los derechos forales establecen lo siguiente al respecto: el poder testatorio se extinguirá, en el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio (artículos 48.3 y 171.3 Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco); salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin (art. 125.2 Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón); el cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias perderá su cualidad de fiduciario (Ley 284 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Si bien, sobre esta cuestión, volveremos detenidamente en el capítulo dedicado a la extinción.

3.- LA RELACIÓN ANÁLOGA AL MATRIMONIO. PAREJAS DE HECHO.

Y ahora, es el momento de intentar conciliar el presupuesto con el número 6 del 831: «6.- *Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*». La norma es del todo criticable en su redacción. Bien parece un añadido de última hora en la confección del precepto.

En primer lugar, parece irreal que el mero hecho de tener un hijo en común, sin que exista convivencia, inscripción en registro como pareja de hecho o algo parecido, pueda existir y ser válida la concesión de la delegación. Como se trata de facultades para mejorar hay que entender que habrá tenerse en común más de un descendiente⁶⁴, lo que ya indicaría una relación un poco más seria y duradera. La interpretación terminológica se hace necesaria, esto es, que la palabra mejorar debe entenderse con respecto a quien: ¿Otros hijos comunes o cualesquiera otros hijos? Volveremos sobre esto en el otro de los presupuestos de la fiducia.

Es indudable la necesidad de una relación de afectividad semejante a la del cónyuge. Siguiendo a VENTOSO ESCRIBANO⁶⁵, esta nota es esencial y la distingue de otras uniones, porque estas uniones de hecho producen en muchos casos efectos jurídicos que pueden traer consecuencias para terceros, por ejemplo, un derecho de subrogación

⁶⁴Salvo si se trata de partos múltiples o gemelares.

⁶⁵VENTOSO ESCRIBANO, A. “Convivencia *more uxorio*” A.A.M.N. Tomo XXXVIII. (página 221).

arrendaticio que no es igual que entre hermanos, o la percepción de una pensión de viudedad o de convivencia, que se defiere de forma distinta según los casos.

La cuestión es si se va a exigir a esas parejas de hecho la inscripción en el registro administrativo correspondiente como requisito imprescindible para ser consideradas como tales; ó por el contrario, se va a prescindir de tal exigencia, criterio que yo comparto, ya que no olvidemos que en el texto se acompañan a la unión de hecho otros requisitos, que es la de que existan hijos comunes, y cualquiera de éstos dos requisitos acompañados de la concesión de la facultad plasmada en el testamento, (que es el documento público y fehaciente) es más que prueba suficiente para considerar la situación de pareja de hecho en regla y en consecuencia habilitada para conceder al supérstite esa facultad. En conclusión, bastará la concesión en el testamento, que hace a su vez de reconocimiento en documento público de esa situación de unión de hecho, sin que sea necesaria otra prueba de la relación afectiva entre concedente y beneficiado por la delegación, ya que no olvidemos que al menos existe algún hijo común. Esta es otra crítica importante que hacer a la redacción del apartado sexto del artículo 831 CC, que debería, quizás probarse alguna convivencia o estabilidad en la relación, porque a mi juicio no importa tanto la inscripción en el registro como esa convivencia real. Si no, lo único que se probaría sería la filiación común, tanto en el momento de la concesión de la delegación como en el del fallecimiento. Igualmente se probaría que después de la muerte de su pareja no mantuvo una nueva relación (compleja prueba). Es claro que algo hay que exigir, porque si no sería absurdo todo lo que se pide al matrimonio. De hecho, da la sensación de que el añadido del número 6 al 831 CC se hizo, como otros aspectos de la reforma de 2003, sin la reflexión necesaria para calibrar el efecto que los cambios incluidos tenían sobre la regulación preexistente. En definitiva, la reforma del 831 incluyendo a las parejas se he hecho, lo fue con la idea de modernizar, pero no se tuvo en cuenta que dicha inclusión quitaba coherencia interna al precepto. Una vez más, la técnica de legislaciones aisladas sin una reforma profunda, perjudica la redacción final.

Esta presunción será *iuris tantum*, por lo que cabrá la demostración o prueba en contrario de que ya no existía la situación de unión de hecho en el momento del fallecimiento del causante, esto es en el momento de la apertura de la sucesión, que es el tiempo de apreciación de la capacidad para suceder recogido en el Código Civil (artículos 758, 657, 766). Naturalmente, siempre por la voluntad del mismo causante-

concedente de la delegación, expresada en testamento, no se hubiere mantenido la fiducia a pesar de la cesación de la vida en común, en cuyo caso, a mi juicio, se mantendría la delegación de la facultad de mejorar y distribuir.

Respecto a que debe entenderse como unión de hecho, o pareja de hecho, no hay una definición jurídica exacta que nos resuelva los requisitos de tal relación, porque como resulta del concepto es de hecho. Desde luego, ya hemos sostenido que no precisa de la inscripción en ningún registro administrativo, ya sea central, autonómico o local, aunque estos existan. La circunstancia de tal inscripción sería un dato que presumiría la relación de hecho, pero la falta de tal inscripción no impediría que se sostuviese la existencia de tal relación. Bastaría una relación afectiva (pero no una relación afectiva cualquiera, sino que debiera ser una *afectio maritalis*, sin matrimonio, aunque luego se pudiese suavizar por la doctrina y jurisprudencia; en principio, entendemos que debería ser lo tradicional, techo, mesa y lecho), ni siquiera es necesario la llevanza de una vida de relación marital, esto es, semejante a la de los esposos. Así pues, el reconocimiento del concedente en su testamento, junto con la institución de la fiducia, de la existencia de pareja o unión de hecho con la persona fiduciaria, y sobre todo, la existencia de descendencia común, bastaría para cubrir el presupuesto de hecho⁶⁶. Sin embargo, visto esto así, ¿habría algún problema en que personas casadas con terceros (al menos una de ellas) pueda en su testamento delegar la facultad de mejorar a los hijos comunes en su concubina? Si lo que importa es la confianza y los hijos en común, sin más requisito, podría perfectamente, pero esto es difícilmente aceptable desde el punto de vista jurídico sucesorio (al menos hoy por hoy, ya sea matrimonio o se trate de pareja de hecho, lo que no se admite es que tengan efectos jurídicos simultáneos dos uniones matrimoniales o no).

Para MARTÍN PEREZ⁶⁷, el 831 CC presenta una interpretación distinta y original: cuando el texto se refiere a «las personas con descendencia común que no estén casadas entre sí» *a priori* podría pensarse que el legislador pretende equiparar en este ámbito las uniones de hecho al matrimonio. A juicio de este autor, lo cierto es que el precepto se refiere, en el número 6, a «personas con descendencia común», aunque no estén casadas, y ello se indica sin hacer referencia a que exista pareja de hecho ni relación de

⁶⁶RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. (Op. cit. página 168).

⁶⁷MARTÍN PÉREZ, J. A. “La delegación de la facultad de distribuir la herencia como instrumento favorecedor de los discapacitados en la sucesión”. “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”. (Op. cit. en nota anterior, pag. 278 y s.s.).

afectividad análoga a la conyugal —que son las expresiones habituales cuando se pretende la equiparación— y sin mencionar la necesidad de convivencia entre los progenitores. Así pues conforme esta interpretación particular de MARTÍN PEREZ⁶⁸, a tenor de ello, hay que concluir que no es necesaria la convivencia entre los progenitores. Simplemente han de existir los hijos comunes y la confianza en lo que el otro progenitor decida aunque no exista pareja de hecho. Coincide esta doctrina con la tesis que hemos sostenido antes de que en todo caso, el fundamento de la figura es la descendencia común y no la existencia de matrimonio o de una unión estable, que es un presupuesto de hecho no esencial.

La razón es que la facultad se basa en la confianza que el delegante deposita en el otro progenitor y operará cuando sólo haya hijos comunes para evitar el riesgo de arbitrariedad de la persona delegada. Salvo que el testador en ejercicio de la soberanía de su voluntad, que ordena la sucesión, dispusiera otra cosa. Naturalmente, las facultades conferidas al conviviente *more uxorio* cesan si éste contrae nuevo matrimonio, o mantiene otra relación *more uxorio*, o tiene algún hijo no común. También puede ocurrir que lo pueda tener de un matrimonio anterior o pareja anterior, pero si el cónyuge conoce su existencia (incluso convive con el y los hijos comunes), como ese hijo no hereda del cónyuge no progenitor, no le afecta. Esto será igualmente aplicable cuando se confiere la facultad al otro progenitor no cónyuge. Pero en ambos casos, el testador puede disponer en su testamento otra cosa. Analizaremos estas posibilidades entre las causas de extinción posteriormente.

Se complica esta interpretación con la posible existencia de hijos adoptivos de la pareja, o incluso de los de parejas de homosexuales, que cumpliendo con el presupuesto de hecho en el momento del otorgamiento del testamento, han entrado en crisis matrimonial antes de la apertura de la sucesión, lo que lleva el mantenimiento de la fiducia al difícil ámbito de la prueba de la extinción de la mutua confianza; cuestión que en ningún caso ha sido prevista por la redacción del precepto, que es desde este aspecto, de todo punto criticable. Probablemente, la solución notarial ayudaría a recoger el régimen de estas uniones de hecho, por ejemplo mediante el otorgamiento de una escritura pública complementaria del testamento o en el testamento mismo, en donde se determinen con precisión las circunstancias que presumirían el cese de la convivencia de hecho, como por ejemplo una domiciliación distinta, o cambio de aquella, o un acta

⁶⁸MARTÍN PÉREZ, J. A. “La delegación.....” (en nota anterior, pag. 278 y 279)

notarial de manifestaciones y cualesquiera actos que puedan ayudar en el futuro a facilitar la prueba. Por último, señala ROCA GUILLAMÓN⁶⁹ que la extensión que se hace por el artículo 831.6 CC de las previsiones contenidas en la nueva redacción de este precepto a las parejas no casadas que sin embargo cuenten con descendencia común, no plantea, en principio problema alguno, por cuanto al tener que delegar las facultades en testamento, será allí donde el causante indique a que bienes se refiere concretamente. A esto añadir (RUEDA ESTEBAN⁷⁰) que en ese mismo testamento se acreditaría o reconocería la situación de unión de hecho, y el carácter común de los hijos, en el caso de no resultar determinada la filiación del disponente.

Pero en este caso, no será posible la disposición en concepto de mejora o en ejercicio de la facultad de distribuir bienes procedentes de la sociedad conyugal sin liquidar, como dice el artículo 831 1. 1 CC, ya que, simplemente, no existe tal sociedad de gananciales u otra. Pero siguiendo a ROCA GUILLAMON⁷¹, no quiere decir que aunque estrictamente no haya sociedad conyugal no puedan existir bienes comunes, porque los casados en régimen de separación de bienes, no obstante, tienen frecuentemente propiedades en común, lo que hace una comunidad ordinaria o romana, que evidentemente no exige liquidación de sociedad de gananciales ni puede beneficiarse de la permisión excepcional que se recoge en el 831 CC (como veremos), pero que implica unos bienes comunes que habrá que liquidar por los medios ordinarios del Código Civil; algo que por lo demás es cada vez más frecuente entre parejas de hecho que conviven en una vivienda adquirida en régimen de comunidad ordinaria, y que quizás poseen también otros bienes en copropiedad romana. No obstante volveremos más detenidamente en posteriores capítulos sobre este punto.

Definitivamente, lo esencial en el cumplimiento de las condiciones de fiduciario resulta de la importancia que se dé al vínculo matrimonial y sus alteraciones. Porque las incidencias que se produzcan en ese vínculo matrimonial pueden afectar de forma determinante a la fiducia. El artículo 831 CC solo resuelve parcialmente algunas de estas incidencias, concretamente las relacionadas con las alteraciones de las circunstancias del viudo tras la muerte del testador que origina la fiducia. Pero como

⁶⁹ROCA GUILLAMÓN, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003). En Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo II. Servicio Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004. (Página 4298).

⁷⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. pag 977 y s.s.)

⁷¹ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de...” (Op. cit. en nota anterior, pags. 4286 y 4287)

hemos visto, no regula las alteraciones que se producen como consecuencia de las situaciones de crisis matrimoniales que ocurren en el tiempo que media entre el otorgamiento del testamento que da lugar a la designación del fiduciario y la apertura de la sucesión. Aunque el artículo 831 CC, acertadamente o no, parte de la idea de que el matrimonio no está en crisis. No obstante, se puede pensar que sería una situación bastante improbable (aunque pueda darse) que quien se divorcia o se separa judicialmente o de hecho, en semejante situación decide conceder la facultad del 831 CC a su ex pareja o cambie de opinión respecto de la concedida antes. Probablemente, es precisamente el hecho de pensar en las crisis matrimoniales, lo que ha influido en que el legislador eliminase la posibilidad de delegar en capitulaciones y lo sustituyese por la forma testamentaria, más fácil de revocar. Porque estos avatares que ocurren con posterioridad al otorgamiento del testamento, pueden ser resueltos mediante una revocación de ese testamento, pero ocurre que en muchos casos no se produce tal revocación por abandono, premura o incluso por escasez de tiempo o por simple olvido. En la práctica, cuando se dan estas situaciones, antes que pensar en la fiducia, se piensa en con quien se quedan los hijos, los bienes, las pensiones compensatorias o cuestiones similares.

A nuestro juicio, la regla general en esta materia de ruptura del vínculo matrimonial o de la relación de hecho análoga está referida en el apartado 5 ° del 831 CC. Según este, hay tres causas de cesación de las facultades concedidas de delegación: que se hubiese pasado a ulterior matrimonio, o se hubiese tenido relación de hecho análoga, o se hubiese tenido algún hijo no común. Contrasta con la redacción anterior que databa de 1981, según la cual bastaba que el viudo o viuda hubiere contraído nuevas nupcias (“viudo o viuda que no hubiere contraído nuevas nupcias”). Antes de esta regulación, se interpretaba como equivalente a las nuevas nupcias el haber tenido un hijo posteriormente con otra persona. Lo cierto es que el TS, en relación con las cláusulas puestas en testamento para instituir al cónyuge supérstite en el tercio de libre disposición, cuando ello se condicionaba a que éste no contrajera ulterior matrimonio, así lo consideraba⁷².

Desde el punto de vista de las parejas de hecho a los efectos de la extinción, ya hemos anticipado algunas de las particularidades que presenta también el conflictivo

⁷²ALBALADEJO GARCÍA, M. “Discurso de investidura en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” “Discurso de Investidura de Manuel Albaladejo en lam Academia de Jurisprudencia y Legislación” Editorial Cometa (Pag. 35).

apartado 5º del Artículo 831 CC. Y volveremos sobre él más adelante. En principio, el texto reza así: <<El cónyuge que no haya pasado a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga, ni haya tenido un hijo no común>>. Así pues, en principio, el 831 CC establece la extinción de ese vínculo matrimonial o ruptura de la relación de hecho análoga en los casos siguientes: 1ª Desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio. 2ª Desde que hubiere tenido una relación de hecho análoga. A mi juicio, esta relación es a la que se refiere el 831.6 CC y solamente puede ser la que se menciona en el 831.5 CC, porque otra cosa sería incoherente. De nuevo, debemos hacer la consideración de que la inclusión de las parejas no casadas en el art 831 CC es de todo punto criticable, que llena su aplicación de incoherencias. Además, estas parejas, como ha dicho el TS en varias ocasiones, carecen de régimen económico matrimonial. Prueba de ello es que, en el apartado primero se habla de sociedad conyugal disuelta cuando nada de esto hay en las parejas de hecho. A mi juicio, se podía haber mencionado por el legislador, la posibilidad de que los convivientes hubieran pactado acuerdos económicos similares a la comunidad ganancial; entre ellos funcionarían como cualquier pacto, pero nunca tendrían la posibilidad de mencionarse en el registro Civil, etc. 3º Desde que hubiere tenido algún hijo no común. El legislador de 2003, siguió basando la subsistencia de la fiducia o delegación de mejorar o distribuir y adjudicar en una relación de confianza que se fundamenta en una convivencia matrimonial o cuasi-matrimonial. Como consecuencia de este fundamento, una nueva relación afectiva, bien sea por nuevo matrimonio o por otra relación de hecho, o incluso el nacimiento de un hijo no común, pone en cuestión la relación de confianza; pero como ya hemos sostenido anteriormente, más que por la desconfianza misma, porque se pone en cuestión la imparcialidad para la ordenación de la sucesión de los intereses del causante conjuntamente con los suyos. Pero como hemos comentado anteriormente, el nuevo hijo no común nada tiene que tomar en la herencia del cónyuge que otorga la fiducia y que no es su progenitor. Por lo tanto, en principio, en nada va a verse ni beneficiado ni perjudicado por el ejercicio de esa facultad. No obstante, lo cierto es que ese hijo no común del fiduciario es legitimario en la sucesión del mismo, que a veces se realiza conjuntamente y de forma ordenada con la del causante, por lo que algún interés si tendrá.

Las tres causas de la extinción de esa relación de confianza, que son el ulterior matrimonio, la relación de hecho análoga y el nacimiento de un hijo no común, producen su efecto de extinción de distinta forma según el tiempo de su producción. Las

dos primeras (matrimonio o relación de hecho ulteriores) extinguen la fiducia en cualquier caso cuando se producen con posterioridad a la muerte del causante; pero el nacimiento del hijo no común, solo tiene sentido cuando se produce en momento posterior a la apertura de la sucesión del causante, o si se produjo el nacimiento antes de esa apertura de la sucesión, siempre que el causante ignorase su existencia, porque si lo conocía, cabe comprender e interpretar que el causante quiso mantener la delegación. Esto, naturalmente, ocasiona los problemas de prueba diabólica que las presunciones de cual fuera la voluntad del causante siempre producen. La práctica notarial ha resuelto en numerosas ocasiones este obstáculo, haciendo constar en el testamento del causante, la circunstancia del conocimiento detallado de la existencia de ese hijo no común, y que aun así la quiso instituir la fiducia.

Pero no obstante, la voluntad del causante que es la soberana de su sucesión, puede mantener o autorizar la fiducia o la delegación de las facultades conferidas, incluso para el caso de que se produzcan las tres causas mencionadas de extinción de la confianza, lo que resulta del inciso final del apartado 5º del 831, que reza así: << *salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa* >>. De esta forma, se exalta la autonomía de la voluntad del causante, con lo que se ajusta la relación de confianza entre el causante y el fiduciario.

Así pues se observan dos momentos fundamentales: el primero, en el que el cónyuge beneficiario haya usado de la facultad antes de contraer nuevas nupcias, o pasar a vivir maritalmente con otra persona, o haber tenido un hijo no común o haberlo adoptado. En este caso, lo actuado por el fiduciario queda inalterado, aunque después se case, o entre en unión de hecho, o tenga hijo no común. Piénsese que cuando actuó, gozaba de la confianza de su cónyuge y por lo tanto, la delegación no se había extinguido. Estos acontecimientos no invalidan lo actuado, y esas actuaciones producen todos sus efectos, se haya agotado o no la herencia y en encargo que se había instituido. Esto es así porque los hechos realizados en cumplimiento de la fiducia, carecen de eficacia extintiva con carácter retroactivo. El segundo, que no haya usado la facultad y pretenda usarla después de contraer nuevas nupcias, o pasar a vivir maritalmente o de haber tenido un hijo no común. En esta hipótesis, la facultad de fiducia sucesoria no puede usarse, pues estima el legislador que se ha quebrado la relación de confianza entre los esposos. No obstante, el testador puede dispensar expresamente este requisito y permitir el uso de la facultad fiduciaria, no obstante concurrir –en el fiduciario– algunas de las causas

señaladas en el artículo. 831.5° del Código Civil como causas de extinción.

Se aprecian importantes diferencias entre la redacción vigente de 2003 y la de 1981: La redacción de 1981 excluía la facultad de fiducia sólo para el caso de contraer segundas o ulteriores nupcias, entendiendo que si era aplicable por analogía a la convivencia marital y al hecho de tener posteriormente hijos no comunes. Ya hemos expuesto anteriormente la teoría que defendimos antes de la reforma sobre que constituía una causa de extinción. Tras la redacción de 2003, que acoge estas circunstancias como causas de extinción, queda manifiestamente claro y se incluyen de modo expreso tales causas de extinción. Además, la redacción de 1981 no contemplaba la posibilidad de que el testador dispensara este impedimento para el uso de la facultad fiduciaria, lo que llevó a algunos autores a plantearlo (en este sentido LEÑA FERNÁNDEZ⁷³). Pero, nos sumamos a la opinión de CAMARA LAPUENTE⁷⁴, para quien la solución de este problema, habrá de incidir en la respuesta paralela que se dé al caso de extinción de la pareja de hecho. A juicio de este autor, sin desconocer lo poderoso del argumento de la actual desconexión de la fiducia sucesoria respecto del vínculo matrimonial, no puede minusvalorarse la posibilidad de que en el Código haya de entenderse subsistente un régimen específico de extinción de la fiducia, coherente con el estatuto conyugal general cuando el nombramiento fue a favor del consorte.

La cuestión es, si aun cuando por la extinción del vínculo matrimonial se produce la extinción de la fiducia -por desaparición de un presupuesto de hecho-, se puede sostener por el testador que subsista la delegación por similitud al presupuesto de parejas de hecho. En principio, del texto del 831 CC así parece deducirse. No obstante, no hay que olvidar en ningún momento que el 831 CC sigue siendo una excepción al 830 CC, por eso hay argumentos para sostener que la extinción del vínculo matrimonial no permite la delegación, al igual que no hay delegación a parientes o extraños en el texto del precepto que estudiamos. Esto va en contra de la exaltación de la autonomía de la voluntad del causante, si bien opera en contra que esa voluntad fue manifestada en una época de “conciliada y agradable relación” entre los cónyuges. Entre ese momento y el de la apertura de la sucesión se ha producido la crisis matrimonial que desvirtúa la

⁷³LEÑA FERNANDEZ, R. “El Notario y la protección del discapacitado” (Publicación del Consejo General del Notariado, 1997) (pag 106 y s.s.)

⁷⁴CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil comentado” Editorial CIVITAS Tomo II (Pag. 932 y s.s. relativas al artículo 831 CC)

voluntad del testador. Y en principio, el presupuesto del artículo, porque ya no son matrimonio ni pareja de hecho. Y sin embargo, a pesar de lo que concede el 831 CC como excepción al 830 CC, se puede sostener el imperio de la autonomía de la voluntad como soporte para su mantenimiento. Aún así, el ámbito de ésta es excepcional. Pero además, también es cierto que aquel podría haber modificado su voluntad testamentaria y no lo hizo o no pudo hacerlo. En favor de sostener la voluntad del testador a pesar de la nulidad, separación o divorcio, hay otros poderosos argumentos además del de la libre autonomía:

1.- Que no deben ser de peor calidad los derechos y posibilidades de los que están unidos por matrimonio a diferencia de las parejas de hecho que al no necesitar nulidad, separación o divorcio, no se ven sometidos a la extinción de la fiducia en el caso de desaparecer uno de los presupuestos de hecho necesarios. Ciertamente que la prueba es bastante más difícil, como ocurre siempre con las parejas de hecho, pero por lo demás es igual que con los matrimonios. Si la pareja ha dejado de convivir, en principio se extinguió la delegación; si estaba inscrita en algún registro de parejas de hecho es más fácil la prueba, si bien recordemos que se trata de registros administrativos de peor consistencia que los jurídicos. Ahora bien, es algo necesario al abordar el 831 CC, dejar muy claro cuál es el concepto de pareja de hecho que el artículo asume. Ya hemos sostenido que tiene que ser la que es similar al matrimonio en todo (mesa, techo y lecho) y en tanto en cuanto lo sea. Tanto así que mientras en un matrimonio puede darse el caso de dos domicilios distintos, no resulta igual en una pareja de hecho, ya que las situaciones fácticas precisan de prueba suficiente. El matrimonio se celebra con formalidades especiales y sus vicisitudes en caso de crisis, al igual que su celebración, tienen cabida en el Registro Civil, mientras que la existencia de la pareja de hecho, si no existe la pura convivencia, no está legalmente contrastada con nada, por lo tanto habría que aceptar lo que quisieran decidir los propios integrantes de la misma. Por esto, es ciertamente dudoso que el legislador de 2003 haya tenido en mente nunca una pareja de hecho que no conviva *more uxorio*.

Y sin embargo, piénsese tan solo, que la mera unión de hecho manifestada en el testamento en que se concede la fiducia, basta para la validez de la misma aunque evidentemente cabría una prueba en contra, cosa que no sucede con el matrimonio. Por ejemplo si se prueba la crisis de la pareja, no porque cuando hay una crisis en la pareja de hecho, al ser sólo de hecho deja de haber pareja, sino porque ya no existe el hecho de

vivir emparejados. Es una pura situación fáctica. El matrimonio, mientras no llega el divorcio o la nulidad, al ser un negocio jurídico familiar, no es situación de hecho sino de derecho, y por tanto el vínculo permanece.

Y a pesar de estas consideraciones, sostendremos que subsiste la fiducia en este caso, a pesar de la crisis de la pareja, solo con que el testador manifieste en su testamento el deseo de que se mantenga la subsistencia a pesar de la ruptura posterior. El argumento de que esta fiducia del 831 CC está legislada para protección de incapaces o discapacitados, sostiene que la defensa de ese desprotegido nos lleve al sostenimiento de la institución.

2.- Que la finalidad y espíritu de la Ley 41/2003 que propició la última redacción del 831, es la defensa de los discapacitados y la creación de medios por los que el supérstite pueda proteger los intereses y mejoras –en su caso- del incapaz o del discapacitado.

Es por esto, que la voluntad del causante puede mantener la subsistencia de una fiducia sucesoria aun produciéndose una crisis matrimonial. Piénsese en el caso de padres divorciados que entre sus hijos tengan uno con Síndrome de Down; a pesar de las diferencias entre ellos, que les han llevado a la disolución de su vínculo matrimonial, no obstante, existe un interés común superior –defensa de los intereses de ese incapaz- que hace que el causante conceda la delegación al ex cónyuge. No obstante, aunque es cierto que la ley de 2003 propicia el interés del discapacitado, no debería ser hasta cualquier extremo, pues por la misma finalidad de proteger al discapacitado, se podía haber regulado que el supérstite delegara en otro hijo mayor, o un hermano o en un extraño, o incluso en una institución, y sin embargo no se hizo. En puridad, el interés del discapacitado no es suficiente para hacer excepción grave a una de las bases de todo el sistema sucesorio del CC (la excepción del 831 CC). Estamos de acuerdo en que esa excepción ha supuesto una ruptura, pero tiene que quedar claro que no es una regla general, sino que se trata de una excepción, y por tanto limitada y restrictiva, al principio del art 830 CC.

4.- NO HABER PASADO A POSTERIOR MATRIMONIO O RELACIÓN DE HECHO ANÁLOGA O TENIDO ALGÚN HIJO NO COMÚN.

El artículo 831.5 CC exige como requisito para que el cónyuge viudo o la pareja de hecho sobreviviente puedan ejercitar las facultades conferidas que no hayan «pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo

que el testador hubiera dispuesto otra cosa». La exigencia de que el cónyuge viudo no contraiga nuevas nupcias ya se establecía por el artículo 831 CC tanto en su redacción originaria como en la redacción dada en 13 de mayo de 1981. Ya expusimos en la parte de la codificación que su fundamento está, para GARCÍA GOYENA⁷⁵ en la evitación de la oposición de intereses con el nuevo cónyuge.

La legislaciones forales establecen respecto de este aspecto que la condición de fiduciario se pierde cuando el cónyuge-comisario contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiere dispuesto expresamente lo contrario (arts. 48.4 y 171.4 Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco); cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa (art. 147-e) Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón); cuando el cónyuge viudo contraiga nuevas nupcias (art. 284 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

El requisito de no contraer nuevas nupcias se puede comparar con diversos preceptos del Código Civil en virtud de los cuales se podría hacer aplicación analógica. Por ejemplo, el artículo 793 CC: *«La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste»*, si bien el supuesto contemplado en este artículo no es el mismo del artículo 831; o con el artículo 972 C.c.: *«A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823»*, si bien difieren, según puso de manifiesto GARCÍA GOYENA⁷⁶, «que aquí —artículo 972— se trata de bienes de su propiedad, si bien pendientes del evento de la supervivencia sin reservatarios, mientras que en el caso del artículo 831 CC los bienes no son ni nunca han sido del viudo, pues siempre pertenecen al grupo de los hijos comunes del primer matrimonio».

Dice el precepto: *«5.- Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiera pasado a ulterior matrimonio ó a relación de hecho análoga ó tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.»*.

⁷⁵GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. Madrid 1852. Ediciones reimpresas de Barcelona en 1973 y Zaragoza en 1974. Expresa este autor que «en un deseo de evitar que los nuevos afectos y vínculos que este segundo matrimonio ha hecho surgir, puedan hacer una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que se le prive de un derecho de elección que de él deriva».(página 107).

⁷⁶GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. (Op. cit. pag 107 y s.s.).

Las comparaciones del antiguo precepto con otros del Código Civil, hoy lo son menos, debido a la modernidad de la norma y distinta *ratio*; la que se hacía con el 793 CC (prohibición de condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio si no es impuesto por el difunto consorte), cuyo supuesto hoy no es el mismo; respecto al 972 CC, (autoriza al bínubo para mejorar a los hijos comunes) ya fue diferenciado por GARCIA GOYENA⁷⁷: “en la reserva viudal la mejora hecha por el bínubo se ejercita con bienes que fueron del mejorante y cuya propiedad conserva pendiente de un evento, que es la propia reserva, mientras que en el supuesto de delegación que nos ocupa, se trata de bienes enteramente al cónyuge bínubo, propios de los hijos del matrimonio”.

Así pues, este presupuesto de la delegación nos plantea algunas cuestiones.

En cuanto a las nuevas relaciones de hecho familiares ó afectivas. Al ser una figura basada en la mutua confianza y el ejercicio de la “jefatura familiar”, es lógico pensar que el viudo ó viuda debe verse influido por cualquier nueva relación que pueda perturbar el ejercicio correcto de la fiducia ó que hubiese sido considerado por el causante como una causa de privación de la delegación.

El derecho aragonés así lo recoge en de la Ley de Sucesiones de derecho aragonés, en Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de Leyes Civiles aragonesas, en el artículo 462 << e) *Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa. Y f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder*>>.

En parecido sentido el artículo 171 de la Ley de derecho civil del País Vasco): «*cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias ó lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiese dispuesto expresamente lo contrario*», ó «... *tenga un hijo no matrimonial*».

El CC ha sido igualmente escueto: «... *ó a relación de hecho análoga ó tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa*».

Así pues, con MILLAN SALAS⁷⁸, entendemos que los requisitos de que el

⁷⁷GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios al Proyecto de Código Civil Español”. (Op. cit. pag 108).

⁷⁸MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. páginas 411 y 412).

sobreviviente no pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga algún hijo no común, pueden plantear diversos problemas. Un primer problema es qué ocurrirá si la facultad conferida se ejercita en todo o en parte antes de pasar a posterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tener algún hijo no común. Si el sobreviviente hubiese ejercitado en todo o en parte la facultad antes de producirse dichas situaciones o circunstancias, no se invalidará su ejercicio, ya que se tratan de hechos posteriores que no pueden producir retroactivamente efectos invalidatorios. Por el contrario, si el sobreviviente no hubiese ejercitado la facultad antes de pasar a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o de tener un hijo no común, la producción de estas circunstancias son causas de extinción de la facultad concedida, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa. La dispensa de estas causas de extinción de la facultad de mejorar debe de hacerla constar expresamente el otorgante de la facultad en el testamento.

Un segundo problema es si el ulterior matrimonio no es válido o se disuelve por divorcio o por muerte del otro cónyuge, o si la relación de hecho análoga se interrumpe o si ese hijo no común posterior fallece, recobrará la facultad concedida su eficacia. La respuesta ha de ser negativa, en cuanto que el hecho de producirse alguna de las circunstancias que menciona el apartado 5 del artículo 831 implica, desde ese momento, la pérdida de la confianza necesaria para el ejercicio de la facultad y extingue definitivamente la facultad concedida, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa.

Mientras se habla de matrimonio todo es más fácil de probar, cuando ya entramos en parejas de hecho todo lo que antes era seguridad se difumina enormemente.

El viejo precepto lo imponía ya “... no haya contraído nuevas nupcias...”. La nueva redacción le dedica un apartado u además lo moderniza con la admisión de las relaciones de hecho. Realmente, el precepto recoge conjuntamente estos requisitos o presupuestos de hecho con las causas de extinción antes del cumplimiento del plazo para ejercer la fiducia. Sin perjuicio de su análisis en capítulo posterior, lo trataremos ahora por lo que se refiere a su consideración como un presupuesto de hecho para la posibilidad de validez de la fiducia concedida en testamento, una vez se ha producido la apertura de la sucesión.

En definitiva, si el supérstite hubiese ejercitado toda la facultad ó parte de ella, (durante la viudez), y se producen ulteriores nupcias, ¿qué ocurrirá con lo hecho antes de esas nuevas nupcias? (en el mismo sentido, si tras ejercitar la facultad en todo ó en

parte, se hubiese producido una relación de hecho análoga ó naciese un hijo no común). En principio, ya hemos sostenido que no parece que el cesar en el ejercicio de la facultad tenga por qué afectar a lo dispuesto cuando se reunían las condiciones para hacerlo

Para VALLET DE GOYTISOLO⁷⁹, se trata por tanto de un hecho posterior y no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios. Si el segundo matrimonio no es válido ó se produce posterior divorcio ó separación de hecho ¿se mantendrá la cesación de la facultad conferida?, esto es si se reactivará la fiducia; en ese mismo sentido, si la relación de hecho análoga se interrumpió ó ese hijo no común posterior hubiese fallecido ¿renace de nuevo la facultad de mejorar?; a mi juicio en cualquiera de estos casos resulta aplicable la solución que razona este autor, es decir que no se trata de una cuestión puramente formal, sino de la existencia de circunstancias nuevas que implican la pérdida de la confianza requerida para el ejercicio de tan delicada función familiar, y por lo tanto, ha cesado la facultad.

ROMERO GIRON DELEITO⁸⁰ entiende que en el caso de que contrajera nuevo matrimonio, mantuviera una relación de pareja extramatrimonial o tuviere algún hijo, cualquiera de estas causas supondría la extinción de la confianza y por lo tanto de la fiducia. Ahora bien, a juicio de este autor, para que tenga lugar la extinción se requeriría el acuerdo de las dos terceras partes de los legitimarios mayores de edad, computados por estirpes. Y si hubiere dos, por unanimidad. No comparto esta teoría, porque entiendo que la extinción debida a nuevas nupcias o convivencia marital o nacimiento de nuevos hijos, aboca a la presunta pérdida de confianza, lo que nos lleva irremediamente al fin de la fiducia, salvo claro está, que el mismo concedente en su testamento, hubiera hecho excepción de todas o alguna de las causas expresadas, que como veremos más adelante, en virtud del principio de soberanía de la voluntad del causante, debe mantenerse su voluntad, lo que así ha recogido el texto del precepto en la redacción de 2003.

Para SIERRA PEREZ⁸¹, el apartado 5 del artículo 831 CC hay que integrarlo con el apartado 6 y, por tanto, la palabra cónyuge habrá que entenderla como el nombrado

⁷⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” (en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI. Edición de 1984).(pag. 410).

⁸⁰ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del Código Civil, una aplicación práctica. Diciembre 2005). (Op. cit. en nota anterior, páginas 226 y 227).

⁸¹SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre” (Op. cit. Pág. 108).

fiduciario, padre o madre de los hijos comunes, pues no puede aceptarse que esta causa de pérdida de las facultades concedidas afecte al cónyuge fiduciario y no al caso en el que el fiduciario no sea cónyuge. Esto es así por lo significativo del cambio que se ha producido en la redacción de este apartado con relación a las anteriores del artículo 831 CC. En las de 1889 y 1981, además de hacer referencia únicamente al hecho de contraer nuevas nupcias, se nos hablaba del fiduciario como viudo o viuda, lo que denota, aparte de una modernización del precepto, una aspiración en orden a las facultades que se quieren conferir, lo que significa que estamos ante una auténtica fiducia sucesoria. Y ceñidos a las causas de extinción que nos ocupan, por falta de requisitos o presupuestos de hecho previos, en el momento de la primera redacción, el hecho de contraer nuevas nupcias no se concebía sino tras la muerte del concedente o su declaración de fallecimiento, ya que prácticamente en todo el período de vigencia de esta primera redacción del artículo 831 CC no había posibilidad de divorcio. Pero la segunda redacción, incluye en la ley 13 de mayo de 1981, otros parámetros, ya que se trata de la ley que introduce la regulación del divorcio. Por tanto, a partir de su entrada en vigor, las nuevas nupcias de las que nos habla pueden producirse tras la muerte del concedente o después de un divorcio, a pesar de lo cual el artículo sigue hablando del viudo o viuda. Ya que no era posible pensar que la pérdida de las facultades no se producirían cuando el divorciado contrajese nuevas nupcias, no quedaba otro remedio que interpretar, como hacía la práctica totalidad de la doctrina, que en este último caso se consideraba que las facultades ya se habían perdido por no existir matrimonio, entre concedente y fiduciario, a la muerte de aquél.

También esta autora⁸² considera que la razón por la que se considera que al contraer nuevas nupcias el nombrado fiduciario debe perder sus facultades, solo puede ser debida a que el hecho de contraer nuevas nupcias, se entiende como una desviación de la atención del nombrado fiduciario de los asuntos de sus hijos anteriores y esta falta de interés es la que le inhabilita para decidir sobre la distribución de la herencia del causante entre ellos. Sería excesivo interpretar este nuevo matrimonio como un acto que traiciona a la pareja, pues la pareja ya no existe y resultaría ciertamente arcaico interpretar que en la intención del concedente estaba el mantener el control sobre su pareja, como tal, más allá de la muerte. Y no obstante, aunque esto se considere arcaico, hay mas de un caso así, e incluso se ha convertido en habitual y no

⁸²SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria...” (en nota anterior, pag.108 y 109).

es que las nuevas nupcias se interpreten como una desviación en el interés por los hijos habidos antes, sino que se quiere evitar el riesgo o la sospecha de ello pueda darse, especialmente en el caso de que nazcan nuevos hijos. Estoy absolutamente de acuerdo con esta apreciación, porque, incluso en las redacciones anteriores del artículo 831 CC, la confianza que suponía la fiducia no era únicamente la que derivaba de la convivencia de la pareja, del hecho de esa vida en común, sino que iba más allá y el concedente necesitaba también confiar en que, llegado el momento de la ejecución, existiría una correcta relación entre el fiduciario y las personas entre las que se podían distribuir sus bienes. Por eso, siguiendo a SIERRA PEREZ⁸³, la norma presume, sin ninguna duda que, un ulterior matrimonio del fiduciario, destruye la confianza que el concedente tenía en que aquél mantuviera esta relación y por tanto, decreta la pérdida de sus facultades. A juicio de DIEZ GÓMEZ⁸⁴, en sede de la vieja redacción, no hay justificación alguna para que la facultad que nos ocupa se extinga por las ulteriores nupcias de su titular, pero si está así establecido, el mismo efecto debe producir la superveniencia de un hijo extramatrimonial; actualmente ya no hay dudas de que la voluntad del causante puede hacer continuar la fiducia, incluso con la aparición de un posterior hijo extramatrimonial. A esto, se debe matizar, que también producía los mismos efectos la existencia de una relación semejante al matrimonio, y de hecho, así lo recogió la redacción de 2003. Por eso, en la redacción actual del 831 CC se mantiene la sanción de pérdida de las facultades concedidas para el caso de contraer nuevas nupcias, naturalmente ampliada al hecho de mantener una relación análoga o tener un hijo no común. Hay que plantearse si el tener un hijo no común es motivo suficiente para que la delegación cese, porque ese hijo implica unas relaciones sexuales previas que el causante probablemente no quería.

Así es como la jurisprudencia del TS en su momento, lo interpretó en alguna sentencia. Cuando el causante dejaba a su viuda el tercio de libre disposición condicionado a que no contrajera ulterior matrimonio, esa condición se incumplía también aunque no contrajera nuevo matrimonio si tenía un hijo. Antes del año 1964, cabía preguntarse (ALBACAR LOPEZ⁸⁵) si la exclusión del matrimonio, que conllevaba la condición de permanecer en estado de viudez, se extendía ala

⁸³SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria...” (en ota anterior, pag.108 y 109)

⁸⁴DIEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial 1982. (páginas 411 y siguiente).

⁸⁵ALBACAR LOPEZ, J. L.; DE CASTRO GARCÍA, J. “Código Civil- Doctrina y Jurisprudencia” Tomo III Editorial Trivium. ISBN 84-7855-914-0 (pag 620).

prohibición de mantener relaciones sexuales extramatrimoniales. Por algún comentarista fue propugnada la adición de un párrafo al artículo 793 del Código Civil, por el que se declarase que el hecho de que se entregase el viudo o viuda a la vida licenciosa, o contraer con más o menos publicidad relaciones inmorales (téngase en cuenta que estas apreciaciones datan de los años 1960 y siguientes), se entendería quebrantamiento de la condición impuesta, motivando la pérdida del derecho asignado al instituido por su cónyuge. Para la Jurisprudencia, el supuesto de ulteriores nupcias se equipara con << el hecho de la unión ilícita que pone de manifiesto la concepción de un hijo reconocido como natural por la viuda, implícitamente afectado por la misma voluntad que consignó la condición >> según dicta la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1964. Sin embargo, algún sector doctrinal, criticó esa tesis, por entender que de *lege data*, las prohibiciones, como odiosas, nunca pueden ser objeto de interpretación extensiva y menos de analogía, aun cuando estén fundadas en un indudable propósito moralizador⁸⁶. Han pasado muchos años desde esta jurisprudencia, y la realidad social y jurídica ha cambiado substancialmente, pero esto puede dar lugar, a cuestionarse si está en el espíritu de la norma solamente el hijo biológico o también los adoptivos o habidos mediante técnicas de reproducción asistida. Evidentemente en estos casos no hay relaciones sexuales. Entendemos que el nuevo hijo de estas características, hijo que no va a recibir nada de la herencia del causante y que no supone una relación con una nueva pareja quizás no impediría la delegación, si bien no es una apreciación libre de dudas.

Es evidente que en todos estos supuestos se dan los datos ya expuestos anteriormente: sólo puede entenderse que la atención del fiduciario se ha desviado a otros asuntos, dejando de ser los hijos de la unión anterior el centro de atención del padre o la madre sobrevivientes, y esa es la causa de la pérdida de sus facultades. Naturalmente, ahora, aunque también podía serlo antes, tras la entrada en vigor de la ley de 7 de julio de 1981, las nuevas nupcias del fiduciario podían producirse en vida del concedente, pues la unión anterior pudo haberse disuelto por razón de un divorcio. Si mantuviéramos la interpretación tradicional de que el divorcio, producido tras el nombramiento del cónyuge como fiduciario, supone para éste la pérdida de las facultades concedidas, este apartado 5 del artículo 831 no tendría razón de ser o en

⁸⁶ALBACAR LOPEZ, J. L.; DE CASTRO GARCÍA, J. “Código Civil- Doctrina y Jurisprudencia” (Op. cit. pag 620 y 621).

todo caso debería seguir hablándose de viudo o viuda, entendido naturalmente en un sentido amplio, es decir, al sobreviviente de la pareja matrimonial o de hecho.

En conclusión:

4.1.- En cuanto a la expresión: «las facultades conferidas al cónyuge cesarán...» hay que entender que se está refiriendo, no sólo al cónyuge, sino de forma general a la persona a la que se ha nombrado fiduciario porque con ella se tiene descendencia común; por lo tanto, esta expresión aparece, sustituyendo a la de viudo o viuda de las redacciones anteriores, y no queda más remedio que concluir en que las situaciones que provocan la pérdida de las facultades del fiduciario (ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tenido un hijo no común) no necesariamente han de producirse tras la muerte del concedente, por haber pasado a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común. Dicho de otra forma, si el fundamento tradicionalmente admitido para la fiducia sucesoria ha sido la existencia del matrimonio, con la redacción actual no es que se amplíe a aquellos supuestos en los que existe una unión de hecho, sino que la existencia o no de pareja resulta irrelevante para la norma. Las facultades no se pierden automáticamente al cesar la convivencia, matrimonio o unión de hecho que dio lugar a su origen, sino que se pierden cuando se duda de que pueda llevar a cabo la misión encomendada con un cierto grado de garantía y, naturalmente porque se pierda la confianza, se presume que tal situación se produce al contraer nuevas nupcias, mantener una relación similar al matrimonio o tener un hijo no común. Esta presunción se puede extender a supuestos muy especiales, por ejemplo en el caso del hijo adoptivo, que incluso podría ser un niño acogido por la pareja, y que se adopta posteriormente por el supérstite.

4.2.- No obstante, señala acertadamente SIERRA PEREZ⁸⁷, que esta presunción sólo se aplica para el caso en que el testador no haya previsto otra cosa, lo que recoge de forma clara el precepto en el inciso final del apartado: “salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa”; lo cual supone que puede éste manifestar en el propio testamento que la confianza que deposita en el padre o madre de sus hijos no se va a ver afectada aunque se produzca alguna de las situaciones descritas, lo que sería una forma de imperio de la voluntad del testador. No es por tanto una sanción automática sino que depende efectivamente de la confianza que el concedente tenga depositada en

⁸⁷SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”. (Op. cit. Pág. 109).

el fiduciario. En cualquier caso, si el ulterior matrimonio, la relación de hecho o el nacimiento de un hijo no común, se produjese en vida del concedente, siempre podrá éste revocar el nombramiento a través de un nuevo testamento.

4.3.- En definitiva, podemos decir que en la actual redacción del artículo 831 CC el presupuesto para la aplicación de la norma cambia. De la existencia de matrimonio como requisito fundamental, que aparecía en las redacciones anteriores, se pasa a la existencia de hijos comunes. No es sólo que se admita que existen otras relaciones de pareja distintas del matrimonio y que sean éstas tenidas en cuenta por la norma, es que el tipo de relación de pareja como tal es irrelevante. Lo que habilita al testador para nombrar a una persona fiduciaria es el hecho de tener con ella descendencia común y una *affectio maritalis*. Paralelamente hay que entender que la confianza que supone la fiducia está referida a que actuará correctamente con relación a esos hijos y precisamente en lo referente a la tarea encomendada.

4.4- Efectos del texto del precepto (<< *El cónyuge que no haya pasado a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga, ni haya tenido un hijo no común* >>) se diferencian dos posibilidades: 4.4.1 Que el cónyuge beneficiario haya usado la facultad antes de contraer nuevas nupcias, o pasar a vivir maritalmente con otra persona, o haber tenido un hijo no común. En cuyo caso, lo actuado por el fiduciario queda inalterado, aunque después se case, o entre en unión de hecho, o tenga hijo no común (SEDA HERMOSÍN⁸⁸). Por lo tanto, estos acontecimientos no invalidan lo actuado (RUEDA ESTEBAN⁸⁹). 4.4.2.- Que no haya usado la facultad y pretenda usarla después de contraer nuevas nupcias, o pasar a vivir maritalmente o de haber tenido un hijo no común. En este caso, la facultad de fiducia sucesoria no puede usarse, pues estima el legislador que se ha quebrado la relación de confianza entre los esposos (SEDA HERMOSIN⁹⁰, RUEDA ESTEBAN⁹¹)

No obstante se cuestionan muchos de los efectos que hemos determinado a través de la doctrina (porque habida cuenta la juventud y escasa utilización del precepto, no hay jurisprudencia alguna)

⁸⁸SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. pag. 269 y 270).

⁸⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. pag 981 y s.s.).

⁹⁰SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de...” (nota anterior, pag.269 y 270).

⁹¹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (nota anterior, pag.981).

4.4.3 Por ejemplo, ¿Cómo es de tajante el efecto de verse privado de la facultad?⁹²

La respuesta no puede ser pacífica, y aunque todos los autores que hemos recogido son partidarios de que no se cumple el presupuesto de la fiducia y por lo tanto no puede ejercitarse esta, ninguno opta por una solución absoluta y sin contestación. Naturalmente, el argumento es el que se utiliza siempre que nos referimos a la institución que estudiamos, esto es, la quiebra de la confianza que el concedente tenía en el fiduciario al conferir la delegación de mejorar y partir con adjudicaciones; pero esa confianza no lo es tanto por el deseo del testador de que su cónyuge o pareja de hecho no tenga nuevas relaciones maritales o afectivas con otra persona, por no referirnos a las sexuales exclusivamente, sino por la distracción o perjuicio que se puede ocasionar a los hijos comunes que no van a tener toda la atención que el testador requirió de su esposa o pareja en la materia de las mejoras y partición de la herencia; esto, sin perjuicio de las colisiones de intereses que se pueden producir respecto de los bienes gananciales y los comunes, respecto de los cuales, los descendientes no comunes del fiduciario, aunque no tienen derechos en la herencia del testador, si tienen derechos en la de su progenitor, por lo que indirectamente pueden verse afectados en la liquidación como expectantes de una vocación hereditaria respecto de ese progenitor a lo que resulte de la liquidación. En definitiva, más que una colisión de intereses, se trata de una apariencia de digna imparcialidad.

4.4.4 Si hay un negocio a medio realizar, lo que no será ninguna anormalidad, sino por el contrario lo habitual, ¿se continúa aunque surjan perjuicios o se paraliza?⁹³ La respuesta tiene que ser la de la continuación en base a la diligencia de un buen padre de familia, o si se quiere, según sea la naturaleza de los negocios, la del ordenado comerciante o administrador mercantil y societario, lo que está de acuerdo con el artículo 1889 CC para gestión de negocios ajenos, y el 1719 respecto de la responsabilidad en la gestión exigida para el mandatario. Esto está por lo tanto en consonancia con las normas de la gestión de negocios ajenos y las del mandato en el Código Civil. En este sentido, no estarán sobrepasados los límites de la fiducia si se hubiere cumplido de una forma más ventajosa para el testador que la señalada o deseada por este (1715 CC), y estará obligado el fiduciario para acabar el negocio que ya estuviese comenzado al extinguirse la fiducia, si hubiere peligro en la tardanza. Y

⁹²SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”. (Op. cit. Pág. 109 y 110).

⁹³SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria...” (Op. cit. Pág. 110).

por último, la aplicación analógica del 1737 C.C., de forma que a pesar de la extinción del mandato con justa causa, debe continuar la gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

4.4.5 ¿Cómo influye en los terceros que puedan verse afectados y que confiaron en la apariencia de que el supérstite actuaba conforme a las facultades de delegación, ya que un tercero no tiene por qué saber si ha tenido un hijo o si tiene pareja? En el mismo sentido, el 1738 CC resuelve esta cuestión por analogía, de forma que lo hecho por el fiduciario, ignorando cualquiera de las causas que hacen cesar la fiducia –puesto que obra en la creencia de que continua la fiducia- será válido y surtirá todos sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

5.-LA DISPENSA DEL TESTADOR RESPECTO DE ESTAS CAUSAS DE EXTINCIÓN POR FALTA DEL PRESUPUESTO.

No obstante, el testador pudo en sus últimas voluntades, dispensar expresamente este requisito y permitir el uso de la facultad fiduciaria, no obstante concurrir en el fiduciario algunas de las causas señaladas en el artículo. 831.5 ° del Código Civil como causas de extinción. Hay que tener en cuenta que existen importantes diferencias entre la redacción de 2003 y la de 1981: en la redacción de 1.981 se excluía la facultad de fiducia sólo para el caso de contraer segundas o ulteriores nupcias, discutiéndose en la doctrina si era aplicable por analogía a la convivencia marital y al hecho de tener posteriormente hijos no comunes (recordemos la jurisprudencia en torno a la mejora al viudo condicionada a no contraer nuevas nupcias, ya analizada anteriormente). Y sin embargo, en la redacción de 2003 lo deja manifiestamente claro e incluye de modo expreso estas causas de extinción. Además, en la redacción de 1981 no se contemplaba la posibilidad de que el testador dispensara este impedimento para el uso de la facultad fiduciaria, lo que llevó a algunos autores a plantearlo (así LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁴). Por el contrario, el actual 831.5 ° CC contempla expresamente la posibilidad de dispensa de este requisito por parte del testador, lo que se realizaría en el propio testamento en el que se instituye la delegación la facultad de distribuir y mejorar. En definitiva, es una fiducia más moderna y con amplitud de facultades, donde la voluntad soberana del testador tiene preponderancia.

⁹⁴LEÑA FERNANDEZ, “El notario y la protección del discapacitado”. (Publicación del Consejo General del Notariado, 1997) Págs. 106 y s.s.

En conclusión, respecto de la posible dispensa de esta causa de extinción de la facultad, establecida por el causante en su testamento. Ya lo hemos analizado suficientemente. Así como con la vieja redacción, los términos imperativos y el orden público hacían no dispensable la causa de extinción, hoy con la nueva redacción se sigue contrario criterio: «... *salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*». Una innovación más que el legislador ha introducido dando pleno protagonismo a la voluntad del testador que todo lo va a poder; esto último, en aras de la excusa de la protección del patrimonio del discapacitado, pero en realidad una forma más de ampliar la libertad y campo de maniobra del causante, que en aras a la sucesión de la empresa familiar facilita en gran medida su transmisión y control hasta la elección del colaborador más cualificado. En consecuencia, no es más que una manifestación de la soberanía de la voluntad del causante e imperio de la exaltación de la autonomía y decisión del testador.

6.- QUE SOBREVIVAN HIJOS COMUNES.

Es un requisito lógico, pues en atención a ellos está concedida la facultad de mejorar. Tanto en las diferentes redacciones como en la última de 2.003 están incluidos como presupuesto evidente.

Desde luego ya no hay distinciones de filiación (matrimoniales, no matrimoniales, natural, adoptiva...); todos son iguales con tal de que sean comunes a ambos cónyuges, e indistintamente todos pueden ser mejorados (artículo 108 CC y C.E.). En la actualidad, con los medios admitidos por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se ha abierto un nuevo campo donde cabe en el marco de la filiación, diversas posibilidades, que en cualquier caso, ostentan los mismos derechos que los hijos de filiación natural y adoptiva. Esto, influye en gran medida en la apreciación y aplicación de la fiducia sucesoria, que como veremos distingue sus efectos según existan otros hijos, incluso los no procedentes de una normal y natural relación sexual.

Pero previamente, hay que considerar que también pueden existir en concurrencia con otros hijos no comunes. Así pues distinguiremos varias posibilidades:

6.1.- El hecho de que el cónyuge supérstite tenga hijos no comunes de relación anterior (de hecho ó matrimonial) no le debe impedir el ejercicio de la delegación conferida, porque en principio no hay contraposición de intereses, ya que son herederos

del fiduciario pero no del causante, y además en el n ° 5, como causa de extinción del encargo menciona “... *hubiese ... tenido algún hijo no común ...*”, que se refiere a los habidos con posterioridad a la muerte del causante; por lo tanto los nacidos antes de la disposición testamentaria hijos solo del supérstite fiduciario, no afectan en nada a la facultad de mejorar, porque no producen contraposición alguna de intereses, ya que no entrarían esos hijos del viudo en el reparto de los bienes del causante. Pero ocurre que los hijos nacidos después del fallecimiento del cónyuge delegante (salvo que sean póstumos, que tampoco van a concurrir en la herencia de éste) con lo que la contraposición de intereses tampoco se daría. Por eso, entendemos que el fundamento de esta prohibición hay que buscarlo en el temor a que el nuevo hijo (aquí también el antiguo) se vea beneficiado por su progenitor supérstite aunque legalmente no pueda recibir nada de la herencia del causante, que lo haga a través de la administración incorrecta por parte del delegado (puede ser difícil controlar eso en la práctica y quien quita la ocasión, quita el peligro), pero hay que darse cuenta que ese riesgo está presente también cuando el hijo ya existía antes de contraer matrimonio o formar pareja con el delegante, y la ley ahí nada dice. O bien, lo que hemos repetido antes de no querer nuevas relaciones sexuales (las anteriores ya están aceptadas cuando le nombra).

6.2.- Respecto de los nacidos con posterioridad al fallecimiento del causante, ya hemos analizado su influencia como causa de la extinción de la fiducia, salvo que el testador hiciese la salvedad o dispensa oportuna, como hemos visto. En la ley se determina como causa de extinción, salvo disposición expresa del testador.

6.3.- Mayor problema plantean los nacidos en el periodo que media entre el otorgamiento del testamento en que se produjo la disposición o encargo de mejorar y el fallecimiento del disponente, y que no sean comunes a éste y su cónyuge ó pareja de hecho supérstite; piénsese en un periodo de tiempo suficiente para la procreación de un hijo, en que temporalmente se hubiera roto la relación entre el testador y su fiduciaria, ó más fácil aún, entre la testadora y su fiduciario (ante la liberalidad del precepto actual y la habitualidad de “relaciones de hecho análogas”, no será un hecho aislado). Naturalmente todo quedaría resuelto con la oportuna modificación testamentaria, pero si ésta no se ha producido, todo estará pendiente del conocimiento que el ó la causante hubiese tenido en vida y tras el otorgamiento del testamento de la paternidad ó maternidad extraña de su cónyuge, y de la prueba que se aportara del perdón ó reconciliación. En principio, si el testador nada salvó en el testamento, debemos

entender que nos encontramos ante una de las causas de extinción de la fiducia conforme el apartado 5 del precepto.

7.-EL PRESUPUESTO DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES. LA CUESTIÓN DEL *CONCEPTURUS*.

Y respecto de la existencia de hijos comunes como requisito o presupuesto de hecho para la validez de la fiducia, debemos tener en consideración que el apartado 1 del artículo 831 CC, ha modernizado y especificado claramente que se trata de mejorar a “hijos y descendientes comunes”, con lo que no se limita la fiducia tan solo a la escueta mención originaria de “los hijos comunes”. Para SEDA HERMOSÍN⁹⁵, son los beneficiarios, si bien es cierto, que puede ocurrir que solo alguno o algunos de ellos fueren los beneficiarios, quedando los demás exclusivamente como requisito o presupuesto de hecho. Son forzosamente los hijos o descendientes comunes del disponente y del fiduciario. En la redacción anterior, incluso la de 13 de mayo de 1981, se hablaba solamente de hijos comunes, lo que suscitó el problema de si se entendían incluidos los demás descendientes que no fuesen hijos, incluso en vida de los hijos legitimarios (v.gt nieto en vida del padre o madre legitimario). Un sector de la doctrina se inclinó por entender que eran solo los hijos, dado lo excepcional del precepto, mientras que otros estimaron que eran los hijos y descendientes, pues se trataba de una excepción a la delegación de la facultad de mejorar, siendo así que eran mejorables los hijos y también los demás descendientes aunque no fuesen legitimarios.

Requisito de hijos comunes. Todas las redacciones del artículo 831 CC establecieron que el requisito principal sobre el que pivota la norma es la existencia de hijos comunes. Desde los primeros proyectos de Código Civil, la necesidad de que existiesen hijos comunes es algo lógico, ya que precisamente se trataba de otorgar facultades a uno de los progenitores para que distribuyese, a través de mejoras, la herencia del otro progenitor premuerto entre los descendientes de ambos. Si no había descendencia común, no se cumplía el presupuesto de hecho previo de la norma y es evidente que carecía de aplicación.

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁹⁶, concibe el presupuesto de hecho de una

⁹⁵SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de...” (Op. cit. nota anterior, pag. 271 y 272).

⁹⁶LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. Pág. 1125 y s.s.).

forma más pragmática: basta en principio que sobrevivan al concedente de la facultad varios hijos o descendientes comunes. No es preciso que esos descendientes comunes, a quienes se favorece, sean legitimarios. Así, no se plantea la cuestión de la mejora de nietos en concurrencia con su padre hijo del causante, por lo que no entra en debate de si pueden ser beneficiados por el fiduciario en ejercicio de la facultad conferida: se podrá mejorar a un nieto en vida de su progenitor o adjudicarle toda o parte de la porción de libre disposición. Por lo tanto, si existe solamente un hijo en común, parece preciso que éste tenga descendencia, para que exista concurrencia, al menos respecto del tercio de mejora, aunque también parece caber la posibilidad de ejercer la facultad a favor de descendientes nacederos, por medio de la sustitución fideicomisaria, conforme al artículo 782 CC, dentro de los límites fijados por los artículos 781 y 785 del Código Civil, si bien esta posibilidad la analizaremos más tarde entre las facultades y contenido de la fiducia. La misma autora se ha planteado la hipótesis del fallecimiento de algún descendiente común, sin descendientes y sin testamento, después del causante. En este caso entiende esta autora que heredaría el cónyuge fiduciario la parte de su hijo premuerto, y subrogado el cónyuge en el lugar del hijo, sería inmoral que el cónyuge se atribuyera, a sí mismo, la mayor parte de la herencia. A mi juicio esto no es posible, porque el cónyuge solo está facultado para mejorar y distribuir la herencia entre los hijos comunes, pero se excluye su actuación respecto de otras personas y, por lo tanto, para sí misma.

Naturalmente, para que se cumpla el presupuesto de hecho, es preciso que los hijos o descendientes comunes, favorecidos por el cónyuge supérstite, no sean indignos para suceder al causante, ni hayan sido desheredados por éste con justa causa. Aunque desde luego, pueden concurrir con hijos no comunes, que existan en el momento del fallecimiento del testador, que sean descendientes de éste. Esta situación tiene su límite en el apartado 4º del artículo 831 CC, que veremos detenidamente en su momento. Y por supuesto, que se cumpla el requisito que ya hemos analizado de que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias o mantenga o relación de hecho análoga a la conyugal o tenido algún hijo no común. Siempre, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Pero ya hemos sostenido que si el cónyuge sobreviviente hubiera ejercitado la

facultad antes de contraer nuevas nupcias o vivir de hecho en relación análoga a la conyugal o tener un hijo después de la apertura de la sucesión, no se invalidarán los actos realizados, pues se trata de un hecho posterior que no puede producir efectos invalidantes retroactivamente.

También es posible, como hemos analizado anteriormente, que existan hijos del cónyuge facultado o fiduciario, no comunes con el testador, que hayan nacido antes de la apertura de la sucesión, pues esta circunstancia no impide el ejercicio de las facultades conferidas, aunque como hemos dicho, no sea una cuestión pacífica, porque ya hemos razonado que esas relaciones sexuales del fiduciario, pudieran interpretarse como quiebra de la mutua confianza o al menos de la confianza del concedente, al menos por la interpretación de que la atención del fiduciario se podría distraer del interés de los hijos comunes en el patrimonio partible. Los hijos del cónyuge facultado, que no lo sean del testador, no tienen ninguna participación en la herencia de éste, salvo que el testador haya efectuado alguna disposición en su favor, con cargo a la porción libre.

La redacción de 2003, en principio y solo aparentemente resolvió el problema, pues habla de realizar disposiciones a favor de los hijos y descendientes comunes. Pero no aclaró si puede realizarse a favor de los descendientes en vida de los hijos, lo que sería incorporar a los *concepturus*. A nuestro juicio, en aras de una interpretación extensiva del precepto, entendemos que puede ejercitarse esta facultad por el cónyuge supérstite a favor, no solo de los hijos comunes, sino también de los descendientes de estos que hubieren nacido con posterioridad al fallecimiento del causante, con el mismo espíritu que informa las sustituciones fideicomisarias, que son evidente excepción a la regla general de capacidad para suceder y facilitan el llamamiento al *concepturus*. Veamos una relación de los posibles casos en que nos podemos encontrar:

7.1.- Respecto de los nietos, hijos de un hijo premuerto al testador, pues son legitimarios directos (sustitución legitimaria, ex artículo 814 del Código Civil).

7.2.- Respecto de los nietos, hijos de un hijo que muere después del testador, pues acceden a la herencia del testador concedente (abuelo) bien por derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, bien por haber heredado previamente a su progenitor heredero del concedente (ya que aceptaron la herencia), o bien por sustitución vulgar.

7.3.- Respecto de los nietos, cuando no hubiere hijos, bien sea por sustitución vulgar o por derecho de transmisión.

7.4.- Respecto de los nietos a los que el testador haya instituido como herederos o legatarios en su testamento, bien en el tercio de libre disposición, bien en el de mejora.

7.5.- Más discutible es si puede el fiduciario beneficiar a un nieto no instituido en el testamento del concedente, en vida de su progenitor, o sea no siendo legitimario. A favor de su inclusión, puede argumentarse que si puede mejorarse a los nietos no legitimarios, en vida de su progenitor no legitimario, también puede verse favorecido por esta institución que entronca con la mejora. Sin embargo entendemos que esta institución tiene como límite el respeto a las disposiciones del testador. Y si el testador no instituyó heredero o legatario en su testamento al nieto no legitimario, no puede el cónyuge fiduciario otorgarle beneficio en una sucesión a la que no fue llamado. Se exceptúa, lógicamente, el caso en que sin llamamiento directo, el testador deja sin embargo al cónyuge fiduciario la posibilidad de beneficiar al nieto no llamado.

Si hay un solo hijo común, (el precepto utiliza el plural “... hijos ó descendientes comunes ...”) no hay posibilidad de ejercer esa facultad, salvo que aceptemos la posibilidad de mejoras a favor de nietos ó descendientes de ulterior grado, ó incluso naceros; en el primer caso analizaremos la posibilidad de mejora de descendientes habiendo hijos legitimarios intermedios vivos; en el segundo caso depende de la admisión del establecimiento a favor de esos descendientes (incluso naceros) de sustituciones fideicomisarias conforme el 781 CC dentro de los límites del mismo y de los impuestos por el 785 CC como posteriormente veremos. Es por eso, que seguimos sosteniendo la interpretación extensiva a favor de los *concepturus*.

La última cuestión referente a los hijos ó descendientes que ya hemos presentado, es la de si pueden ser mejorados nietos cuyos padres legitimarios viven. Esto no es un requisito; forma parte del ejercicio del encargo ó facultad de mejorar y en su análisis lo veremos detenidamente en otro capítulo.

8.-DESCENDENCIA EN COMUN DE LAS PAREJAS DE HECHO

La redacción del artículo 831 CC en su punto sexto establece que toda la norma es aplicable cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí. Elimina de forma clara la necesidad de que exista un matrimonio mientras que resalta la necesidad de que existan hijos comunes (SIERRA PEREZ⁹⁷). Ya hemos tratado esto

⁹⁷SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”. (Op. cit. Págs. 106 y 107).

anteriormente de forma detallada. También hemos estudiado antes, que en una primera lectura, lo que nos sugiere el apartado 6º del artículo 831 es que la norma pretende equiparar las parejas de hecho al matrimonio, y por lo tanto a la descendencia procedente de esta relación de hecho, tendencia que tras la modernización de los principios del derecho, es general en el ordenamiento jurídico, pero la fórmula empleada no es la habitual. La mayoría de las normas que, en nuestro ordenamiento jurídico, pretenden equiparar las uniones de hecho con el matrimonio, emplean fórmulas en las que se destacan la convivencia en común, la vida marital cual si se tratase de la de un matrimonio, la estabilidad de la pareja o los lazos de efectividad análogos al matrimonio, pero lo cierto es que la única esencia de la norma es la descendencia común. Toda la doctrina ha coincidido en que el único requisito en la letra del precepto, es que se exige a la pareja es la existencia de descendencia común. En definitiva, este requisito es imprescindible, pero lo que se pregunta un sector de esa doctrina⁹⁸ si es precisamente eso lo único que se ha de tener en cuenta. Parece que no importa en absoluto la situación de la pareja. La respuesta que se dé a esta pregunta es muy importante, porque, si la situación de la pareja no importa en el caso de personas no casadas con descendencia común, tampoco tendrá que tenerse en cuenta en el caso de personas casadas, ya que en caso contrario supondría dejar en mejor situación a las parejas de hecho que las casadas. Y esta es la crítica que se hacemos (RUEDA ESTEBAN⁹⁹) a la redacción del apartado 6º del artículo, sobre el que volveremos. En definitiva, concluiremos que la interpretación de la norma puede hacerse partiendo de dos premisas distintas que por supuesto nos llevarán a dos resultados distintos. En cualquiera de estas interpretaciones –estricta y amplia– no pueden producirse diferencias entre las parejas casadas y las no casadas, porque eso sí que está claro en la norma.

En conclusión, resumiremos que en primer lugar, aunque no se explica claramente en la norma, todo lo que se refiere a la descendencia común, también se aplica a las parejas de hecho. En estas parejas de hecho y ante la existencia de hijos comunes, la norma presupone una relación de hecho con una cierta duración temporal. En esta relación también se puede producir la ruptura, por supuesto de hecho de la convivencia; los efectos que esta ruptura produciría respecto de la fiducia serían los mismos que los

⁹⁸SIERRA PEREZ, I, “La fiducia sucesoria...” (nota anterior, pag.107).

⁹⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” En “Los patrimonios...” nota anterior, pag 238 y 239).

de la ruptura matrimonial, tal y como siempre hemos considerado (RUEDA ESTEBAN¹⁰⁰). Pero si en la pareja de hecho no hay convivencia, se hace difícil saber cuando ha habido una ruptura, por lo que entenderemos que la pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *afectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Pues bien, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero “de facto”. Claro que para que sea ésta la explicación es preciso considerar que la confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia y que cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza. Por tanto, la delegación concedida cuando existía vida en común perderá sus efectos cuando ésta cese, en cualquier caso de hecho, y además no podrá concederse cuando ya no exista vida en común. Tampoco podrá el cedente prever que el nombramiento persistirá aunque se produzca la ruptura de la pareja. El problema está en el caso de que a pesar de ese cese de vida en común –sea matrimonial o de hecho- no se haya revocado el testamento en el que se instituyó la fiducia.

En segundo lugar, alguna parte de la doctrina¹⁰¹ considera que cabría pensar que la norma rompe con el esquema de las redacciones anteriores y que no sólo no es necesario que exista matrimonio, sino tampoco que exista pareja. Si esto es así ningún efecto produce sobre la fiducia la ruptura de una convivencia previa, ya sea matrimonial o de hecho, porque su existencia no es tenida en cuenta por la norma. En este caso, la confianza que el cedente deposita en el fiduciario, se basa únicamente en la existencia de hijos comunes y en el buen criterio que utilizará en la distribución de sus bienes entre ellos. Pero si aceptamos esta segunda premisa no sólo aceptaremos que el nombramiento del fiduciario pueda hacerse tras la ruptura de la pareja o que aquél manifieste en el nombramiento que no se verá afectado por tal ruptura, sino que también tendremos que aceptar que, aunque nada se manifieste, la fiducia persistirá tras la ruptura. Esto no es sino pura lógica ya que hemos partido de que la pareja no se tiene en cuenta por la norma. Habrá que pensar que se habla de matrimonio únicamente porque es una de las situaciones en la que las parejas tienen hijos comunes y por mantener el estilo del propio artículo 831 CC. En definitiva, para esta tendencia,

¹⁰⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (nota anterior, pag 237).

¹⁰¹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria...” (nota anterior en pag.107 y s.s.).

lo importante son los hijos comunes, pero no la podemos compartir porque forzosamente debe haber algo más, afecto, relación de confianza o vida en común.

Tanto la primera como la segunda postura pueden entenderse a través de una interpretación que resulta de la literalidad de la norma; cada una de ellas hace su interpretación teniendo en cuenta la confianza que el concedente tiene depositada en el fiduciario, pero cada una de ellas fundamenta esa confianza en situaciones distintas. Para la primera la confianza del concedente se debe a que es su pareja, la persona con la que comparte la vida. Para la segunda, la confianza del concedente se debe a que el encargo que se le encomienda afecta a los hijos comunes y confía en que la actuación del fiduciario no se verá afectada por la situación de la pareja. Así pues, el vértice de esta última son esos hijos comunes. No obstante, cabe entender que se equiparan las situaciones porque en su esencia son iguales, digamos vulgarmente con o sin papeles, pero en definitiva es lo mismo. No tiene sentido que en un caso la razón de la confianza sea una y en otro diferente. Y que en la práctica nadie va a delegar sin una confianza que se basa en el conocimiento mutuo y en el de la actuación ante las distintas vicisitudes de la vida, el resto, si se da, será un caso excepcional.

La doctrina (SIERRA PEREZ¹⁰², SEDA HERMOSÍN¹⁰³, RUEDA ESTEBAN¹⁰⁴) entiende que la finalidad de la ley que modifica la norma, es que esta forma de fiducia recogida en el artículo 831 CC tenga una mayor aplicación en el futuro, por lo que se pretende una interpretación acorde con la segunda versión, de importancia de los hijos comunes, más que con la primera.

CONCLUSIONES

1ª.- Respecto al presupuesto previo de la existencia de matrimonio válido, son dos los momentos que se han de tener en cuenta en la apreciación del cumplimiento de este presupuesto para que tenga validez la fiducia: en primer lugar, el del tiempo de la concesión, esto es el del otorgamiento del testamento, momento en el que desde luego debería cumplirse este requisito. Y en segundo lugar, el momento de la apertura de la sucesión, o mejor dicho, el instante anterior a la apertura de la sucesión, o si se quiere el de la vocación hereditaria. La subsistencia de la fiducia exige que deba cumplirse el

¹⁰²SIERRA PEREZ, I. “La fiducia...” (en anterior nota, pag 107 y 108)

¹⁰³SEDA HERMOSIN, M. A. “La facultad de...” (nota anterior, pag 269 y 170)

¹⁰⁴RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (en anterior nota, en el contexto del trabajo)

presupuesto en ambos momentos. Admitimos que de la misma forma que se permite por el 831 CC la fiducia en las parejas de hecho, si hay un matrimonio nulo, existiendo buena fe por parte de los dos cónyuges, sería equivalente a una fiducia entre pareja de hecho.

2ª.- El precepto se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común, por lo que no basta exclusivamente la existencia de esa descendencia, sino que debe ir acompañada de una *affectio maritalis*. El carácter *intuitu personae* de la institución, basado esencialmente en la confianza, parece extinguir la fiducia cuando se pierde esa confianza en el otro cónyuge.

3ª.- Como regla general, la facultad de mejorar se pierde en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio o desde la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho, solución que se ajusta al espíritu de la ley; en los casos de parejas de hecho, la ruptura de la convivencia es causa de pérdida de la facultad cuando dicha ruptura sea permanente y no meramente transitoria.

4ª.- Para el caso de divorcio, ya que el matrimonio queda disuelto, la facultad se extingue y no es posible ejercerla. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales ni se recupera la fiducia extinguida, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (artículo 88 CC), y, por consiguiente, volver a concederse la facultad. En el mismo sentido, los divorciados pueden constituirse en pareja de hecho y concederse la facultad.

5ª.- En el caso de separación legal, queda extinguida la fiducia, pero la facultad concedida recobra la vigencia en el caso de reconciliación de los legalmente separados, salvo que el concedente la hubiere revocado en otro testamento.

6ª.- Los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge superviviente de buena fe, pero excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio; pero con la equiparación de las parejas de hecho, incluso serán válidos los actos de ejercicio de la facultad posteriores a la declaración de nulidad en determinadas circunstancias, tales como aquellas situaciones en las que la voluntad del causante manifestada en su testamento así lo haya establecido específicamente. Por ejemplo, declara su deseo u orden de que continúe la fiducia a pesar de haberse producido una situación de las que ocasionan la nulidad matrimonial.

7ª.- Si en el testamento se dice, que pese a la separación de hecho se sigue delegando, creemos que la facultad sigue viva, puesto que el vínculo matrimonial

sigue existiendo y la voluntad del cónyuge testador es clarísima. Por lo tanto, si se otorga el testamento después de la separación, también es evidente porque la voluntad del testador así lo impone. En el caso de separación de hecho con testamento anterior en el que se concede la facultad y falta de modificación de dicho testamento, entendemos que se trata de una cuestión que se resolverá con la acreditación de la falta de confianza y por lo tanto se extinguiría la fiducia por falta de presupuesto previo. Para los casos de divorcio e incluso también en el caso de separación legal, no hay duda de la falta del presupuesto, porque así lo dice el precepto en el párrafo segundo y tercero del apartado 1 del artículo 831 CC.

8ª.- En el caso de separación de hecho entre los cónyuges o de ruptura de la convivencia entre la pareja de hecho, si la separación de hecho consta en documento público fehaciente, no habrá dudas, y estará revocada la facultad. En otro caso, entendemos que si el fundamento de la institución es la relación de confianza, ésta queda igualmente quebrada con la separación de hecho, si bien se plantea un problema evidente de prueba que judicialmente podría ser establecida.

9ª.-No se va a exigir a esas parejas de hecho la inscripción en el registro administrativo correspondiente como requisito imprescindible para ser consideradas como tales; ya que no olvidemos que en el texto se acompañan a la unión de hecho otros requisitos, que es la de que existan hijos comunes, y cualquiera de éstos dos requisitos acompañados de la concesión de la facultad plasmada en el testamento, (que es el documento público y fehaciente) es más que prueba suficiente para considerar la situación de pareja de hecho en regla y en consecuencia habilitada para conceder al superviviente esa facultad. En conclusión, bastará la concesión en el testamento, que hace a su vez de reconocimiento en documento público de esa situación de unión de hecho, sin que sea necesaria otra prueba de la relación afectiva entre concedente y beneficiado por la delegación, ya que no olvidemos que al menos existe algún hijo común.

10ª.- Las facultades conferidas al conviviente *more uxorio* cesan si éste contrae nuevo matrimonio, o mantiene otra relación *more uxorio*, o tiene algún hijo no común. También cesan en el caso de ruptura de la convivencia entre la pareja de hecho. La solución notarial ayudaría a recoger el régimen de estas uniones de hecho, por ejemplo mediante el otorgamiento de una escritura pública complementaria del testamento o en el testamento mismo, en donde se determinen con precisión las circunstancias que presumirían el cese de la convivencia de hecho, como por ejemplo una domiciliación

distinta, o cambio de aquella, o un acta notarial de manifestaciones y cualesquiera actos que puedan ayudar en el futuro a facilitar la prueba.

11ª.- Si el sobreviviente hubiese ejercitado en todo o en parte la facultad antes de producirse situaciones o circunstancias de extinción, no se invalidará su ejercicio, ya que se trata de hechos posteriores que no pueden producir retroactivamente efectos invalidatorios. Por el contrario, si el sobreviviente no hubiese ejercitado la facultad antes de pasar a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o de tener un hijo no común, la producción de estas circunstancias son causas de extinción de la facultad concedida, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa. La dispensa de estas causas de extinción de la facultad de mejorar debe de hacerla constar expresamente el otorgante de la facultad en el testamento.

12ª.- Si el ulterior matrimonio no es válido o se disuelve por divorcio o por muerte del otro cónyuge, o si la relación de hecho análoga se interrumpe o si ese hijo no común posterior fallece, no recobrará la facultad concedida y extinguida su eficacia. La pérdida de la confianza necesaria para el ejercicio de la facultad, extingue definitivamente la facultad concedida, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa.

13ª.- La expresión del artículo 831 CC “salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa”, supone que puede éste manifestar en el propio testamento que la confianza que deposita en el padre o madre de sus hijos no se va a ver afectada aunque se produzca alguna de las situaciones descritas, lo que sería una forma de imperio de esa voluntad del testador. No es por tanto una sanción automática sino que depende efectivamente de la confianza que el concedente tenga depositada en el fiduciario. En consecuencia, las facultades no se pierden automáticamente al cesar la convivencia, matrimonio o unión de hecho que dio lugar a su origen, sino que se pierden cuando se duda de que pueda llevar a cabo la misión encomendada con un cierto grado de garantía y, naturalmente porque se pierda la confianza; así pues, se presume que tal situación se produce al contraer nuevas nupcias, mantener una relación similar al matrimonio o tener un hijo no común. En cualquier caso, si el ulterior matrimonio, la relación de hecho o el nacimiento de un hijo no común, se produjese en vida del concedente, siempre podrá éste revocar el nombramiento a través de un nuevo testamento.

14ª.- A pesar de la extinción de la fiducia con justa causa, por analogía al contrato de mandato, debe continuar la gestión hasta que el fiduciario haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. Respecto de los terceros que puedan

verse afectados y que confiaron en la apariencia de que el supérstite actuaba conforme a las facultades de delegación, ya que ese tercero no tiene conocimiento de la causa de la extinción de la fiducia, surtirá todos sus efectos; también lo hecho por el fiduciario, ignorando cualquiera de las causas que hacen cesar la fiducia –puesto que obra en la creencia de que continua la fiducia- será válido y surtirá todos sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

15ª.- Se contempla expresamente la posibilidad de dispensa de por parte del testador de ciertas de las causas de extinción, lo que se realizará en el propio testamento en el que se instituye la delegación de la facultad de distribuir y mejorar. En definitiva, es una fiducia más moderna y con amplitud de facultades, donde la voluntad soberana del testador tiene preponderancia.

16ª.- Reglas para el caso de que sobrevivan hijos no comunes: a).- El hecho de que el cónyuge supérstite tenga hijos no comunes de relación anterior (de hecho ó matrimonial no le debe impedir el ejercicio de la delegación conferida, porque no hay contraposición de intereses, ya que son herederos del fiduciario pero no del causante. b).- Respecto de los nacidos con posterioridad al fallecimiento del causante, en la ley se determina como causa de extinción, salvo disposición expresa del testador. c).- Respecto de los nacidos en el periodo que media entre el otorgamiento del testamento en que se produjo la disposición o encargo de mejorar y el fallecimiento del disponente, y que no sean comunes a éste y su cónyuge o pareja de hecho supérstite; si no se ha producido la modificación testamentaria, todo estará pendiente del conocimiento que el o la causante hubiese tenido en vida y tras el otorgamiento del testamento de la paternidad o maternidad extraña de su cónyuge, y de la prueba que se aportara del perdón o reconciliación. Si el testador nada salvó en el testamento, debemos entender que nos encontramos ante una de las causas de extinción de la fiducia conforme el apartado 5 del precepto.

17ª.- Aunque no se explica claramente en la norma, todo lo que se refiere a la descendencia común, también se aplica a las parejas de hecho. En estas parejas de hecho y ante la existencia de hijos comunes, la norma presupone una relación de hecho con una cierta duración temporal. La pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *afectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo

mismo, pero “*de facto*”. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza.

CAPÍTULO NOVENO (IX). LOS ELEMENTOS PERSONALES O SUBJETIVOS DE LA FIDUCIA.-

1.- EL ORDENANTE O CONCEDENTE COMO COMITENTE DE LA INSTITUCIÓN

Ya hemos estudiado anteriormente que es el testador y así resulta del texto de la norma: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento, para que, fallecido el testador....»*.

Sentado que el medio de atribución de la facultad es exclusivamente el testamento, y por lo tanto, el concedente debe ser un testador, ahora nos queda analizar cuáles son las circunstancias de capacidad, si bastan o son distintas de las de testar, y en cualquier caso cuales son las necesarias para la institución que nos ocupa, y que rodean la figura de este testador.

En primer lugar, hay que expresar que solo puede ser constituyente de la fiducia uno de los cónyuges o pareja de hecho otorgante de la facultad El artículo 831 en su redacción anterior a la Ley 41/2003, exigía que el cónyuge sobreviviente, para ejercer la facultad concedida, tenía que tener la condición de cónyuge al fallecimiento del otorgante, por lo que no sería posible una conexión familiar no unida por vínculo matrimonial, como el caso de las uniones de hecho. Esta exigencia planteaba el problema de la subsistencia o pérdida de la facultad conferida en los casos de nulidad, separación o divorcio. Para alguna doctrina anterior a 13 de mayo de 1981, el cónyuge de mala fe perdía la facultad en caso de nulidad, y la perdían los declarados culpables en caso de separación legal; y, por el contrario, no la perdían el cónyuge de buena fe, en caso de nulidad, ni el declarado inocente, en caso de separación. Pero es sabido el profundo cambio que en la regulación de las situaciones de crisis matrimoniales se introdujo en nuestro Derecho con la Ley 30/81 de 7 de julio que, por lo que aquí interesa se tradujo en una superación de los principios informadores del derecho de familia que llevaban a una interpretación restrictiva de las causas de separación, sin duda porque en la misma se exigía una expresa imputación de culpabilidad en la crisis matrimonial a alguno de los cónyuges, configurándose bajo el prisma de lo que se denominaba separación-sanción. Por el contrario en la actualidad a la hora de regular los efectos de la separación no se distingue entre cónyuge culpable o inocente de ahí la irrelevancia, en principio, de la causa al respecto, conformándose un sistema de

separación remedio. Por lo tanto, actualmente no existen culpables ni inocentes en las sentencias de separación ni de divorcio. En consecuencia, el carácter familiar del actual precepto se pone de manifiesto en que la delegación de la facultad de mejorar tiene que darse entre personas unidas por matrimonio o relación análoga, y que los beneficiarios tienen que ser sus hijos o descendientes comunes.

Como hemos dicho y analizado en capítulo anterior, en la redacción actual del artículo 831 CC solo puede atribuirse esta facultad en testamento, quedando vetada la posibilidad de atribuirle en capitulaciones matrimoniales que sí contemplaban tanto el texto original de 1889 como el reformado de 1981. Con ello quedaron eliminados ciertos problemas de la redacción anterior: En primer lugar, el de si estamos ante un pacto sucesorio; en segundo término, si la atribución había de ser recíproca (SEDA HERMOSIN¹ lo denomina “correspectiva”, lo que supone la misma reciprocidad) o si podía uno atribuirle al otro sin reciprocidad; y en tercer lugar, si atribuyéndose con carácter recíproco, era revocable o no por decisión de uno de ellos, aunque fuese con notificación formal y fehaciente al otro. Quedó sentado que se trata de una delegación unilateral, revocable y no forzosamente recíproca, de manera que aún estableciéndose por ambos cónyuges de forma recíproca, no obstante es esencialmente revocable también.

1.1.- Carácter unilateral del artículo 831 CC.

Tendencias que lo consideran como pacto sucesorio. Lo era indudablemente en la redacción originaria de 1889. Ciertamente, la imposibilidad de la modificación de las capitulaciones matrimoniales y la necesidad de otorgarlas antes de la celebración del matrimonio, no solo hacía que el régimen económico matrimonial fuese inalterable, sino que además, de hacerse pactos como el de la delegación de la facultad de mejorar en esos capítulos, lo convertía en un auténtico contrato sucesorio. En palabras de ALBALADEJO GARCÍA², que recogió GARRIDO DE PALMA³, “el régimen económico se petrificaba”. En todos los estudios sobre la sucesión por causa de la muerte, figuraba el artículo 831 CC como uno de los supuestos de sucesión contractual,

¹SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES (pag 267)

²ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de Derecho Civil V”. Derecho de Sucesiones Barcelona 1997. “La Mejora”- Madrid 2003. (pag. 374).

³GARRIDO DE PALMA, V. M. “El Notario ante el artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Foral, separata. Diputación Foral de Navarra, Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1976-1977.(pag 47)

aunque siempre en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. DE LOS MOZOS⁴, negó su carácter de contrato sucesorio, si bien admitió que se trataba de una manifestación de la sucesión *mortis causa* contractual, porque contenía pactos sucesorios. La vieja jurisprudencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 1 de abril de 1914 recogió el caso de artículo 831 CC como un pacto sucesorio, de forma que constituía una excepción característica del principio general de prohibición de este tipo de pactos, mencionado en el artículo 1271 CC sobre la herencia futura. Ya hemos comentado esto en anterior capítulo (VII), al catalogar este precepto del 831 como excepción al personalismo del testamento que se recoge en los artículos 658 y 816 del Código Civil.

La doctrina más autorizada así lo reputó. Junto a DE LOS MOZOS⁵, que hemos recogido, ROCA SASTRE⁶ consideraba como únicos pactos sucesorios los casos de adopción, donaciones entre cónyuges y las mejoras, entre las cuales destaca especialmente lo que califica como pacto sucesorio –pero en ningún caso contrato sucesorio- del artículo 831 del Código Civil. En parecido sentido SANCHEZ ROMAN⁷, que vio en el 831 CC una forma especial de acto de última voluntad. BERMEJO PUMAR⁸, considera que no es extraño a la vista de la redacción originaria de 1889 (<<podrá válidamente pactarse>>), para lo que recoge su antecedente del artículo 663 del Proyecto de 1851, sobre el que hemos analizado suficientemente en capítulos anteriores. El precepto supone aun mayor excepción, si tenemos en cuenta que en el texto del Proyecto de 1851, se suprimió el contenido del artículo 49 que aparecía en el primer borrador del mismo Proyecto por el que se prohibían los pactos de mejora entre el padre y la madre. Por lo tanto era evidente el carácter de pacto de la concesión de la facultad de mejorar en la sucesión del cónyuge. Con la redacción del texto del artículo 831 del CC en la versión originaria de 1889, se suprime el carácter de pacto de este artículo, pero el literal de la norma lo conserva, de forma que es pacto

⁴DE LOS MOZOS, J. I. “Revisión y puesta al día por J. L. de los Mozos del Derecho Civil español común o foral de CASTÁN TOBEÑAS, Editorial Reus Tomo VI. Volumen II. 1979. ISBN 84-290-1203 (página 593 y 594).

⁵DE LOS MOZOS, J.L. “Revisión...” (Nota anterior, pag. 595)

⁶ROCA SASTRE, R. M. “Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones” Madrid 1948. Aranzado Thomson Reuters ISBN 978-84-9903-172-9. (páginas 148 y 149 refiriéndose a la cláusula de confianza como forma de fiducia).

⁷SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla y el Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Tomos IV y VI Madrid 1910.(pag 1156).

⁸BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge). Consejo General del Notariado, 2001. (pag 97 y s.s.)

sucesorio no solo el acto por el que se delegaba sino también los actos consecuencia del ejercicio de esa facultad de mejorar por el cónyuge supérstite, ya que no estaba prohibido.

Hoy ya no se plantean estas cuestiones, porque al concederse exclusivamente en testamento, de forma unilateral y a través de un instrumento esencialmente revocable, no hay dudas sobre la naturaleza *mortis causa* de la disposición.

La frase con que se inicia el precepto, (no obstante lo dispuesto en el artículo anterior) revela que es una excepción a la regla general del artículo 830 del Código Civil, según el cual, no cabe delegar, encomendar ni transmitir la facultad de mejorar a los hijos y descendientes en los bienes que deja el testador, Esta prohibición de delegar la facultad de mejorar supone una variante o incluso una exaltación del carácter personalísimo del testamento y de la facultad de testar consagrada en el artículo 670 C.C. La mejora tiene carácter de disposición *mortis causa*, por lo que el artículo 830 reitera la prohibición del 670 CC en ese sentido. Pero como la mejora también puede ordenarse por actos *inter vivos*, por ejemplo en los casos de los artículos 825, 826 y 827, 830 del CC, se hace imprescindible para señalar una pauta general. Esta regla, además, no distingue el tipo de mejora de que se trata.

La excepción ha sido la encomienda de facultad de mejorar a otro, para que haga la mejora en bienes concretos, siempre que esté ordenada específicamente por el testador. Sería una aplicación particular del artículo 1057 C.C. que concede la simple facultad de la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Pero la jurisprudencia ha sido restrictiva, lo que se aprecia en Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1902, 18 de mayo de 1983 y la muy reciente de 22 de junio de 2012⁹,

⁹(Repertorio de Jurisprudencia 1983, 2846: <<tampoco encomendarse a otro, ni al propio heredero mejorado, la facultad que confiere al testador el artículo 829 C.C. de señalar cosa cierta en que haya de pagarse>>). Más reciente, la Sentencia de 22 de junio de 2010 (R.J. 2010, 4900; <<eligiendo todos ellos si cupieren dentro de la mejora o de los que tenga a bien o sean de su gusto, dejando aquellos que no estime conveniente a los demás herederos>>) ha sido más condescendiente, ya que admitió una cláusula por la que se permitía al mejorado elegir los bienes. El Alto Tribunal estimó las bases por las que se ha de orientar el fiduciario –si bien en el supuesto de la Sentencia se refería a una sustitución fideicomisaria “si *aliquid supererit*”- : “En cuanto al abuso del derecho y la falta por el heredero fiduciario a la buena fe ha de recordarse que la sucesión se rige por el testamento, que el causante -padre de don L. y de don R. - confirió a aquél absoluta facultad de disponer “*inter vivos*” de los bienes objeto del fideicomiso que, por otra parte, no estaban definidos y era él mismo quien había de escogerlos con total libertad de entre los que integraban el caudal hereditario, de modo que no cabe imputar abuso de derecho a quien ejerce libremente el que le corresponde y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso Como señala la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2008 «En cuanto al abuso del derecho se debe destacar, con la Sentencia de 21 de septiembre de 2007, que constituye un límite al derecho subjetivo, y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de

de las que resulta el espíritu contrario a que la facultad de elección de los bienes se atribuya al propio mejorado.

En definitiva, el 831 CC supone una excepción no solo al 830 CC, sino también al 670 CC en su segundo párrafo, del que es un resumen parcial. Por lo tanto supone una importante matización al 830 CC y a la formulación abreviada del principio que subyace en el párrafo segundo del 670 CC. Es una excepción al personalismo material consagrado en el citado 670 CC, ya que se encomiendan las facultades decisorias sobre el caudal común y sobre la ordenación de la sucesión familiar al cónyuge o pareja de hecho-coprogenitor de los hijos comunes. Pero no colisiona con el personalismo formal, que también exige el 670 CC, porque no supone que el supérstite pueda otorgar testamento por el causante, lo que ocurre con los “poderes testatorios” (término que se emplea en la Ley Foral) del País vasco, que hemos analizado¹⁰.

También el 831 CC supone una forma extraordinaria de partir con más facultades que las del artículo 1057 CC, porque la posición del fiduciario es muy superior a la del contador partidor, ya que aquel asume las mismas facultades que el testador respecto de la partición y distribución entre los hijos comunes, aunque con los límites que veremos.

Por último, no es excepción a la prohibición de pactos sucesorios que establece el artículo 1271.2 CC, porque ni el delegante ni el fiduciario quedan vinculados por la delegación testamentaria, ni el causante pierde sus facultades de disposición *inter vivos* o *mortis causa*, ni compromete en absoluto su herencia futura, ni produce efecto alguno antes de la apertura de su sucesión.

1.2.- La cuestión de la reciprocidad de la delegación.

Ya no hay tal. Hemos analizado en capítulos anteriores lo que ocurría antes de la reforma del artículo 831 CC de 2003, e incluso el estado de cosas antes de la reforma de 13 de mayo de 1981. Ahora, habiendo sido eliminada la forma de concesión de esta facultad en capitulaciones matrimoniales, solo cabe la testamentaria, que al ser unilateral el testamento, en orden a la prohibición de testamentos mancomunados del 669 C.C., la figura no ofrece dudas en cuanto a su carácter no recíproco. No hay reciprocidad, ni la exige el precepto, y aunque lo habitual es que los progenitores se la

causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio (Sentencia de 14 de diciembre de 2007, que cita las de 14 de octubre de 2004 y 8 de mayo de 2006, entre las más recientes) “

¹⁰En los capítulos VII y VIII.

concedan mutuamente en cada uno de sus respectivos testamentos, lo cierto es que el nuevo artículo 831 no está pensado para la reciprocidad, sino para la concesión unilateral y voluntaria de cada uno de los cónyuges que podrá plasmarse en una concesión mutua por decisión de ambos, pero que no es necesaria. No se excluye por lo tanto, que cada uno de los cónyuges, en su testamento, atribuya al otro esta facultad con idéntico contenido, alcance y limitaciones. Nos referimos detenidamente sobre este aspecto en el capítulo anterior.

1.3.- Revocabilidad de la concesión. Al efectuarse la atribución en testamento, ésta es individual y esencialmente revocable, dado el carácter esencialmente revocable de nuestro testamento en Derecho Común y que no cabe de la misma forma en el testamento mancomunado. Fue tratado este punto con detalle en el capítulo anterior.

Veamos ahora los requisitos que debe reunir la capacidad de obrar en la persona del comitente o concedente de la facultad de mejorar y distribuir con atribuciones y adjudicaciones.

2.- LA VECINDAD CIVIL DEL TESTADOR CAUSANTE DE LA FIDUCIA.

La regulación de la fiducia sucesoria es diferente en el Código Civil y en las distintas legislaciones forales. Habida cuenta de que las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio tienen asumidas competencias en esta materia civil, se contemplan en ellas la figura del ordenante o comitente, como persona que instituye la fiducia sucesoria, y por lo tanto nos interesará su vecindad civil, ya que según fuera ésta, gozará de unas libertades de actuación más o menos amplias. La determinación de su vecindad civil marcará la normativa a la que habrá de someterse el nombramiento del fiduciario. Como señala MERINO HERNÁNDEZ¹¹, será la vecindad civil del causante que otorga la fiducia, la determinante del Derecho a aplicar, sobre todo, porque la ley personal del causante al tiempo de su fallecimiento es la que marca la norma de la sucesión. En el artículo 9 del Título Preliminar del Código Civil, se recoge la ley nacional para los casos de conflicto internacional, pero por aplicación supletoria traída por el artículo 14 del mismo Título, para los conflictos interregionales de leyes, también se aplican esas normas, si bien, la vecindad civil será la que constituya la ley personal. (Artículos 9 y 14 del Código Civil).

Debido a esta diferencia de regulación, puede darse el supuesto de que el causante

¹¹MERINO HERNANDEZ, J. L. “La fiducia Sucesoria en Aragón”, Zaragoza 1994 (colección el Justicia de Aragón) (pag 95 s.s.)

haya otorgado testamento con arreglo a una determinada vecindad civil y posteriormente cambie su estatuto personal. Para este supuesto ya CELAYA IBARRA¹², se sentía inclinado a mantener la validez de estos testamentos, a pesar de la antigua redacción del artículo 10 CC. Actualmente hay que tener en cuenta que, aunque la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, el propio artículo 9. 8 del Código Civil establece una excepción según la cual, *«las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rijan la sucesión...»*. Con esta redacción, dada al artículo 9 conforme a la ley 11/1990 de 15 de octubre, se disipan las dudas que pudieran existir acerca de la validez de estas cláusulas testamentarias, establecidas en testamento de acuerdo con la ley personal del testador en el momento del otorgamiento, cuando el causante cambió de vecindad civil.

3.- LA CAPACIDAD DEL TESTADOR QUE INSTITUYE LA FIDUCIA.

Desde luego debe reunir capacidad suficiente para testar. En cuanto a la capacidad exigible al concedente en su calidad de comitente, con independencia de la propia para testar, parece que debe ser la correspondiente a la ordenación sucesoria del patrimonio; pero ocurre que la capacidad, conforme los parámetros del Derecho sucesorio, se apreciará en el momento del otorgamiento del testamento, por lo que nos remitiremos de nuevo a la capacidad para testar del artículo 663 del Código Civil que sólo establece la incapacidad de los menores de 14 años y de aquellos que no se hallaren en su cabal juicio. A estos efectos, la cuestión de la apreciación del cabal juicio, que daba pie al otorgamiento de testamento por el loco o demente en un intervalo lúcido, ha sido recogido por la redacción del artículo 665 CC dada por la Ley 41/2003 sobre protección de discapacitados y creación de patrimonios protegidos; tras esta, se prevén tres situaciones de privación de capacidad para testar:

3.1.- La del que resulta capaz para testar en cualquier tiempo, pero por circunstancias extrínsecas no se encuentra con capacidad suficiente en un momento determinado o puntual (embriaguez, sometimiento a somníferos, drogas...en definitiva, falta de capacidad natural). Esto es, no se encuentra de forma accidental en su sano o

¹²CELAYA IBARRA, A. "El testamento por comisario" Anuario Derecho Civil – Abril – Junio 1972 (pag 735 a 749) (y pag 751)

cabal juicio. El Notario no autorizará el testamento, pero puede hacerlo cuando el causante salga de esa situación accidental (663.2º C.C. *a sensu contrario*).

3.2.- El que habitualmente no se hallare en su sano o cabal juicio (663.2º C.C.). No está incapacitado judicialmente, pero a juicio del Notario no reúne las condiciones de capacidad necesarias para testar. Esto no impide que el incapaz¹³ pueda otorgar testamento en un intervalo lúcido, lo que podrá ser autorizado por el Notario en base al momento de apreciación de la capacidad (artículo 666 CC).

3.3.- El incapacitado judicialmente, cuya capacidad limitada resulta de la Sentencia de incapacidad. Para otorgar testamento se somete el incapacitado, en su caso y si procede, al artículo 665 del Código Civil que reza: << *Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad* >>. Así pues, el problema que se suele producir en la práctica es el de la interpretación del texto de la sentencia de incapacitación, donde habitualmente se dicta que el incapacitado lo es de forma total para todo tipo de actos de disposición y administración de bienes, incluyendo a veces la imposibilidad de ciertos actos de tipo político (ejercicio de derecho de voto), pero normalmente no se detalla sobre la capacidad concreta para testar¹⁴. Esto supone una duda importante para los Notarios, que deniegan esa autorización para no incurrir en la responsabilidad civil que apareja consentir una autorización de testamento que puede ser nulo. Por eso es recomendable la solución de solicitar del Juez encargado de esa tutela, que conceda una autorización al incapaz para realizar sus disposiciones de última voluntad. Es cierto que no faltará quien opine que si el incapacitado tiene un intervalo lucido con los correspondientes informes periciales que así lo atestiguan, es comprensible la aceptación de su capacidad a los efectos de testar, por lo que se hace difícil permitir que no se le permita testar, puesto que es un acto que no puede hacer por él su representante legal, y además se

¹³Se entiende una persona no incapacitado judicialmente, desde luego. Se trata evidentemente de una persona susceptible de incapacitación pero no incapacitada judicialmente.

¹⁴De forma excepcional, en las sentencias de incapacitación, a veces se entra en la capacidad para testar. Así la SAP de Cuenca (Sección 1ª de 12/06/20129 n º Sentencia 170/2012: en la sentencia de primera instancia recurrida se decía, entre otras cosas, que la incapacitada carecía de capacidad de sufragio, para conducir vehículos, manejar armas, falta de comprensión para realizar ciertos actos jurídicos, incluido el testamento. La Audiencia revisa lo declarado en la sentencia del juzgado y por lo que aquí nos interesa dice, “Por lo que se refiere a la privación del derecho a otorgar testamento, consideramos que al ser declarada la incapacidad parcial debe complementarse su voluntad para testar”. Esto produce cuando menos, sorpresa, por cuanto la capacidad para testar es algo no susceptible de complemento de capacidad.

trata de una actuación que, como sólo tendrá efectos a su fallecimiento, no puede causarle un daño en su patrimonio. Sin embargo, disiento de esta tentación de ampliar la extensión de la capacidad dentro de los intervalos lúcidos, ya que no nos encontramos ante una situación de incapacidad o discapacidad natural o calificable por la apreciación del funcionario autorizante, sino ante una incapacidad jurídica judicialmente determinada, que supone una reconsideración de la decisión o resolución judicial que la determinó. Esto tan solo es posible con una nueva resolución judicial, fuera del alcance de la función del Notario, que para la autorización de estos testamentos debe remitirse al literal del artículo 665 CC, que como hemos dicho solo lo permite en los casos en los que de la Sentencia de incapacitación no resulte lo contrario. Desde luego, los Notarios somos reacios a romper la prudencia de actuaciones y exigimos una autorización judicial para autorizar ese testamento.

No obstante, si la fiducia se instituyese en testamento ológrafo, la capacidad exigida sería la mencionada en ese tipo de testamento, esto es la de mayoría de edad, y lógicamente, en su proceso de adverbación judicial para su protocolización notarial, caben las excepciones que ante el Juez pueden realizar los interesados, relativas a la falta de capacidad del otorgante en el momento de su confección, falsedad u otras. En el ológrafo como en todos los testamentos la capacidad de testar, si se tiene la edad determinada por la ley y no se está incapacitado, se presume, pero cabe prueba en contrario.

La disposición del artículo 831 del Código Civil, en lo que se refiere a la capacidad para testar, se aplicará en los territorios de derecho foral sólo de forma subsidiaria a la que allí se recogiese, pero son pocos los que regulan de forma expresa y distinta del Código Civil la capacidad para testar. En este sentido, la Ley de Sucesiones catalana señala que son incapaces para testar los menores de 14 años y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 104, actualmente el artículo 421.4 del Código de Derecho Civil de Cataluña, en el Libro IV sobre Sucesiones, por Ley 10/2008 relativo a sucesiones; la de Navarra señala como incapaces a los impúberes y los que al momento de otorgar el testamento no se hallaren en su cabal juicio (ley 184). Como vemos las fórmulas empleadas pueden considerarse semejantes a la del Código Civil.

En el caso de existir la posibilidad de hacer el nombramiento en otro documento distinto del testamento, como las capitulaciones matrimoniales (que se contemplaban en la redacción anterior a 2003 del art. 831 CC y aún se mantiene en otras regulaciones

de Derecho Civil Foral, como hemos visto anteriormente) o en escritura pública (como también ocurre en algunas legislaciones de Derecho Civil Foral), debemos preguntarnos si los requisitos de capacidad son diferentes, por tratarse de un documento de distinta naturaleza, o por el contrario se mantienen, ya que el resultado perseguido es el mismo.

A este respecto señala SAPENA TOMÁS¹⁵ que deberán aplicarse las reglas propias del negocio en el que se regule y que, por tanto, los menores mayores de 14 años, en aquellas legislaciones que se les permitiese otorgar esta fiducia en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública, precisarán de la asistencia del padre o tutor. No obstante, aunque esta afirmación, parece evidente, se pregunta SIERRA PEREZ¹⁶ si se consideraría válida la fiducia establecida en capitulaciones matrimoniales por un menor de edad, sin el concurso de sus padres o tutor, si tales capitulaciones se otorgasen simplemente para pactar lo permitido en el artículo 831 CC (lógicamente se refiere esta autora a capitulaciones en sede de legislaciones forales donde se admite la fiducia sucesoria en esa forma documental). Para aceptar esta forma documental de conceder la fiducia del 831 CC, esto es mediante capitulaciones matrimoniales, se deberá hacer constar en el otorgamiento de tal documento que nos encontramos ante un acto testamentario y no ante unas capitulaciones matrimoniales *stricto sensu*, (en contra SANS URANGA¹⁷, opinión que comparto). Pero el acto testamentario tiene como una característica esencial la solemnidad, y no cualquiera, sino la propia de las disposiciones “*mortis causa*”. Es por lo que permitiéndose en algunas legislaciones forales otorgar la fiducia en capitulaciones, para su eficacia se exigen esas solemnidades testamentarias, precisamente para cumplir con la forma específica de los testamentos. En este sentido, recordar que el artículo 1329 del Código Civil establece que <<El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación>>. Bien es cierto que este artículo se refiere a la edad y capacidad en el Derecho Civil común, lo

¹⁵SAPENA TOMAS, J. “La fiducia conyugal (art 831 del Código Civil)” en obra “Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo” Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. Pág.907 a 985 (concretamente pág 926)

¹⁶SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695) Revista de Derecho patrimonial ARANZADI – THOMSON – 2007 - (Pag 89 a 121, en concreto 102 y 103)

¹⁷SANS URANGA, F. “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil” Revista de Derecho Notarial enero-marzo de 1976 (pag 379 a 394) (concretamente pag 385). Para este autor, es indudable que nos encontramos ante un acto testamentario, por lo que no cabe tal formula.

que con la redacción del artículo 831 CC de 13 de mayo de 1981, resolvía muchos problemas, ya que al poderse instituir la fiducia tanto en testamento como por capitulaciones matrimoniales, la disposición contenida en el 1329 CC resolvía la cuestión respecto de las segundas. Ocurre ahora que desde 2003, no cabe establecer la fiducia sino mediante disposición testamentaria, con lo que se han disipado todos los problemas, al menos en Derecho Civil común. Pero en aquellas legislaciones forales donde se puedan establecer fiducias por capítulos u otras escrituras públicas, la aplicación del 1329 CC, se antoja como mucho de carácter supletorio, y solo a falta de norma foral que así lo regule. Entiende SIERRA PEREZ¹⁸, que sin embargo, el hecho de que en las capitulaciones matrimoniales se puedan contener cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio, entre las que pueden incluirse disposiciones testamentarias, no disculpa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y forma del instrumento elegido para llevarla a cabo, opinión que compartimos. Por ello si se hace en capitulaciones matrimoniales deberá cumplirse con sus exigencias, lo que supone que el menor, mayor de 14 años, debe actuar con asistencia del padre o tutor. Hay que hacer constar que el 1329 CC exceptúa de la asistencia de padres o tutores en los casos en que se limiten los otorgantes a pactar el régimen de separación o de participación, y aunque no lo diga el 1329 CC, también el de gananciales puesto que en el CC es el supletorio legal de primer grado por lo que no se libraría del complemento de capacidad ninguna institución de la fiducia sucesoria.

SIERRA PEREZ¹⁹ mantiene que la nueva redacción del artículo 831 CC, ha pretendido acabar con éstas y otras discusiones doctrinales que se producían, debido a la conflictiva posibilidad de introducir la fiducia tanto en testamento como en capitulaciones, y precisamente por las diferentes exigencias y efectos de uno y otro documento. A mi juicio, no fue esa la pretensión del legislador de 2003, sino la de establecer medios de protección de los incapacitados y discapacitados, pero sea lo que fuere, consiguió aclarar el panorama jurídico que existía sobre esta norma.

4.-EL FIDUCIARIO: CONYUGE O PAREJA DE HECHO CONCESIONARIO DE LA FACULTAD DE MEJORAR, PARTIR, DISTRIBUIR Y ADJUDICAR.

¹⁸SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag 89 a 121, en especial 102 y 103)

¹⁹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (pag. 89 a 121, en especial la pag. 103).

Es la persona a quien se atribuye la facultad por el cónyuge o pareja premuerto en su testamento. Parece evidente que sólo puede atribuirse esta facultad al cónyuge o pareja de hecho superviviente por parte del testador. Pero la situación del matrimonio puede ser variada el tiempo de producirse el fallecimiento del testador concedente de esta facultad.

Tras la modificación sufrida por Ley 41/2003, el artículo 831 establece que: «podrán conferirse facultades al cónyuge» (apartado 1); «*Corresponderá al cónyuge sobreviviente*» (apartado 2); «*El cónyuge*» (apartado 3); «*La concesión al cónyuge*» (apartado 4); «*Las facultades conferidas al cónyuge*» (apartado 5), expresiones todas ellas que implican la exigencia de matrimonio. No obstante, el apartado 6 establece que «*Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*». Lógicamente el requisito es el de que exista matrimonio o unión de hecho, como veremos. En estos casos no se plantean otros problemas que no sean los probatorios de la unión de hecho que no esté inscrita en el Registro administrativo autonómico o municipal correspondiente. En estos casos, la falta de esa inscripción tampoco sería un obstáculo para el cumplimiento del presupuesto de hecho, ya que la aseveración de la relación de convivencia en el testamento sería presunción *iuris tantum* de la existencia de la misma. Lo que ocurre es que su estudio resulta interesante por la cesación del mismo como extinción de ese presupuesto de hecho.

Pero además, el artículo 831.5 CC exige como requisito para que el cónyuge viudo o la pareja de hecho superviviente puedan ejercitar las facultades conferidas que no haya «*pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*», causas que han de producirse después del fallecimiento del testador. Sin embargo, el artículo 831 CC no se refiere expresamente a que las facultades se pierden por nulidad del matrimonio, separación o divorcio en vida del testador.

Volveremos sobre este aspecto cuando estudiemos la extinción de la delegación, pero haremos constar en este apartado que la exigencia de que el cónyuge viudo no contraiga nuevas nupcias ya se establecía por el artículo 831 CC tanto en su redacción originaria como en la redacción dada por Ley de 13 de mayo de 1981. Su fundamento estaba, como expusimos en la parte de la codificación, para GARCÍA GOYENA²⁰ «en

²⁰GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. Madrid 1852. Ediciones reimpresas de Barcelona en 1973 y Zaragoza en 1974. (Apendice 6, pag. 489 y s.s.).

un deseo de evitar que los nuevos afectos y vínculos que este segundo matrimonio ha hecho surgir, puedan hacer una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que se le prive de un derecho de elección que de él deriva».

Hemos estudiado anteriormente (Capítulo VIII), la nulidad, separación y divorcio, desde el punto de vista de los presupuestos de la fiducia y desde la condición de esa capacidad especial para ejercitar la fiducia por parte del fiduciario.

5.- LA VECINDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO.

Con SIERRA PEREZ²¹, cabe preguntarse si la nacionalidad o vecindad civil del fiduciario tienen importancia en relación con su nombramiento. Parece ser que lo determinante en la aplicación de una norma, como hemos dicho, será la nacionalidad del causante en el momento del otorgamiento del testamento, que es el momento en que se instituye la fiducia, y referido al ámbito interregional, la vecindad civil del testador en el momento del otorgamiento de la disposición testamentaria. (Ex artículo 9.8 CC por el que *“La sucesión por causa de la muerte se regirá por la ley nacional –vecindad civil en Derecho interregional- del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme la ley nacional del testador o del disponente en el momento del otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley....”*). En conclusión, la vecindad o nacionalidad del fiduciario carecen de relevancia. Si no importa siquiera la vecindad civil del comitente en el momento del fallecimiento, que es por la que en definitiva va a regirse la sucesión, aunque no concuerde con la que rige en el establecimiento de la fiducia, menos importa aún la vecindad civil del fiduciario. Como hemos razonado anteriormente, el que sea así es razonable, porque la vecindad civil tiene un grave problema en la práctica y es que habitualmente no consta en un documento ni en un Registro (salvo que se haya adquirido por alguno de los medios voluntarios, por ej. residencia durante el tiempo que marca el CC y se haya solicitado su inscripción en el Registro Civil). Por lo tanto, la mayor parte de las veces ocurre que personas que han

²¹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia...” (en nota anterior, pag. 95).

cambiado su domicilio a otra parte de España, sin declaración expresa de no querer perder su vecindad de origen, ni siquiera llegan a saber que han ganado la del territorio en el que viven, lo que es por presunciones legales, con lo que, en ocasiones, no es fácil saber que vecindad tienen algunas personas, y menos aún que los terceros que se relacionan con ellas lo sepan, no produciendo efecto con respecto de ellos.

6.- CAPACIDAD DEL FIDUCIARIO EN GENERAL. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL FIDUCIARIO.

El fiduciario ha de tener plena capacidad de obrar y capacidad para suceder, tanto en el momento de fallecer el causante como en el momento de ejercer la facultad. Aunque no se diga expresamente en el precepto, el favorecido con las más amplias facultades derivadas del artículo 831 CC tiene que tener capacidad para disponer, pues está ejercitando una facultad de disposición de bienes de otro. Sin embargo, a juicio de GARCÍA RUBIO²², nada impide que se trate de un discapacitado en el sentido del artículo 2 de la Ley 41/2003. Esto es indudable, ya que según los grados de discapacidad, no impide en absoluto las actuaciones ni limita la capacidad de obrar. No obstante, debemos hacer una observación: no es igual la discapacidad física que la psíquica. La psíquica comienza con un 33% de discapacidad, y esto no es poco, sino una discapacidad muy apreciable, lo que no ocurre con la física, que no priva de discernimiento. Hay muchos discapacitados psíquicos que son susceptibles de incapacitación, y que no obstante, no han sido incapacitados, y estos, desde luego, son objeto de denegación de capacidad natural para ciertos actos (en la comparecencia ante Notario por ejemplo). Es difícil aceptar que estos tengan capacidad natural para desempeñar esta labor. En conclusión, la no mención en el artículo 831 CC de los discapacitados no significa que todos puedan ejercer la función de la fiducia.

También en relación con su capacidad, podemos entender, siguiendo a MERINO HERNÁNDEZ²³, que es importante tanto la clase de capacidad requerida para poder ejercer la fiducia, como en qué momento debe existir la misma. A mi juicio, (RUEDA ESTEBAN²⁴) son dos los momentos de apreciación de la capacidad: uno es el de la aceptación de la misma por el fiduciario, una vez abierta la sucesión, y otro el de la

²²GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 77 y 78).

²³MERINO HERNÁNDEZ, J. L. “La fiducia Sucesoria en Aragón” (Op. Cit. pag. 95 s.s.).

²⁴RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag. 971).

necesaria para el ejercicio de la misma mediante la ejecución, que al poderse realizar de forma continuada durante un plazo que puede llegar a ser la vida del fiduciario, se debe apreciar en cada momento de distribución o adjudicación que se verifique. Nada se establece a este respecto en el artículo 831 CC, por lo que habrá que deducirla de la normativa referente a la capacidad en el Código Civil y de la que se exige para la fiducia en las legislaciones forales.

De las regulaciones de los otros Derechos Civiles sólo en el del País Vasco, Navarra y Aragón encontramos normas expresas relativas a la capacidad del fiduciario. En el primero de estos ordenamientos se establece que el comisario habrá de tener la capacidad necesaria para el acto a realizar al tiempo de ejercitar el poder testatorio (artículo 34). En el de Navarra se dice que el fiduciario deberá ser mayor de edad en el momento de ejercer su función, pero si es el cónyuge, bastará que tenga capacidad para testar (ley 284). Y en el de Aragón: << 1. *El fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante.* 2. *Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin*>>(artículo 440 de Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas). Por lo tanto, se exige que el fiduciario sea mayor de edad y tenga plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante. Como vemos las exigencias de estas normas no son exactamente iguales y tampoco lo son los momentos a los que se hace referencia.

A la hora de contrastar las interpretaciones doctrinales de estas normas, hay que tener en cuenta que sólo la regulación Navarra pertenece a la Compilación, lo que supone derecho tradicional, sin que haya sufrido modificaciones; en el País Vasco el artículo correspondiente a la capacidad del fiduciario se introdujo en la ley 3/1992 de 1 de julio y en la regulación aragonesa aparece por primera vez en la Ley de Sucesiones de 24 de febrero de 1999, y se recoge posteriormente en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Por lo tanto, la doctrina recogida, es variable según la época en que se haya producido y la normativa aplicable en ese momento. En definitiva, hay que hacer referencia, no sólo al

ordenamiento al que el autor se está refiriendo, sino también al momento en el que emite su opinión.

SAPENA TOMÁS²⁵ al hablar de la capacidad del fiduciario en el artículo 831, presupone que esta depende y debe ser la propia del acto con que se ejecuta la fiducia en ese caso particular, por lo que debe tener esa capacidad precisamente en el momento de la ejecución. Por eso entiende que si el viudo dispone por testamento, si es un menor mayor de 14 años no tiene ninguna limitación y si pretende ejecutarlo por actos *inter vivos* no puede enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres o tutor. Así pues va ligado a la forma de instrumento que se emplee para la ejecución de la fiducia.

A mi juicio, opinión que sostuve en 2003, (RUEDA ESTEBAN²⁶), el fiduciario precisa capacidad de obrar y capacidad de suceder. Así pues, por lo que se refiere a la capacidad para suceder, si el cónyuge supérstite ha sido desheredado justamente o declarado indigno, carece de las cualidades imprescindibles para el ejercicio de la facultad conferida; igualmente, precisará capacidad de obrar para el ejercicio y ejecución de la fiducia, que se revestirá de los requisitos de capacidad según el acto elegido para la misma y conforme el instrumento de que se trate. Lógicamente precisará la capacidad para testar cuando ejercite su facultad de mejorar o distribuir por un acto *mortis causa*. Y capacidad de disposición cuando lo verifique mediante un acto *inter vivos*. En cuanto al momento de ostentar esa capacidad para el ejercicio de la delegación, entiendo que debe tratarse de una capacidad continuada, no sólo en el momento de la apertura de la sucesión (para aceptar la delegación), sino también en el momento de la realización de cada acto de distribución o adjudicación, y de acuerdo con el tipo de acto de que se trate.

CELAYA IBARRA²⁷ señalaba en relación con el testamento por comisario de Vizcaya, en un momento anterior a la reforma de 1 de julio de 1992, que a falta de textos legales, había que acudir a principios generales y desde el punto de vista racional, quien tuviese las dotes naturales necesarias para ejercitar esta función podría

²⁵SAPENA TOMAS, J. “La fiducia conyugal (art 831 del Código Civil)” en obra “Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo” Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. Pág.907 a 985 (concretamente pág 926)

²⁶RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 971). En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) (Op. Cit. pag. 171).

²⁷CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario” Anuario Derecho Civil – Abril – Junio 1972 (pag. 735 a 749) (y pag. 751)

ser elegido comisario, pero no quien, por razón de enfermedad, menor edad o defecto físico, no pudiera gobernarse a sí mismo. Más congruente con lo que hemos referido respecto de los delegados discapacitados cuando tengan estos problemas, aunque no hayan sido incapacitados. En relación con el momento en que debe el comisario ser capaz, es claro, dijo, que hay que atenerse al momento en que se hace uso del poder, no al tiempo en que se otorga el poder testatorio. No obstante, este mismo autor, introduce otro momento, el de la muerte del causante, y entiende que también en este momento ha de ser capaz.

MALLO FRONTIÑAN y PRADAS ARNAL²⁸, creen, comentando la fiducia sucesoria en Aragón contenida en la Compilación, que nada impide nombrar a un incapaz, pues hay un período de tiempo durante el cual se puede recuperar y ejecutar el mandato. Esto sería tanto como nombrarlo sometido a condición, pero tendremos que partir de una incapacidad transitoria, la persona, por ejemplo, con una enfermedad degenerativa no sería válidamente nombrado. Lo mismo sucede, si al momento del nombramiento está en su estado normal y luego le sobreviene la incapacidad; lo importante es cual sea su estado normal en el momento de ejecutar lo dispuesto en el negocio fiduciario, por lo que su capacidad de obrar en otro momento es irrelevante, pues se acepta el encargo bien expresamente, o bien cuando se cumple, no antes (en este último caso se trata de aceptación tácita). Una cosa es que pueda haber una aceptación tácita cuando se ejercita la fiducia y otra distinta que ello impida la existencia de una aceptación expresa producida después del fallecimiento del delegante y antes de ejercitar dicha fiducia, puesto que la aceptación de la facultad, si es expresa, no implica forzosamente que haya que ejercitarla. Si bien esto, significaría que la partición definitiva de la herencia en su totalidad, quedaría suspendida hasta la muerte del fiduciario (ya que hasta ese momento no se sabría con seguridad si puede recuperarse esa capacidad o no) con el consiguiente grave perjuicio para los hijos comunes. Por esto, debemos sostener que la capacidad de obrar ha de tenerla al fallecimiento y al momento de ejercer su facultad, es decir, en ambos momentos. Es más, tratándose de una facultad tan especial y tan delicada, creemos que sería precisa la plena capacidad de obrar. Una cosa es testar, porque ello dentro de la ley, no causa daño al menor o persona sometida a tutela o curatela (con capacidad natural), y otra

²⁸MALLO FRONTIÑAN, A. y PRADAS ARNAL, J. A. “La fiducia sucesoria” Estudios sobre el Derecho sucesorio aragonés: Trabajos del seminario de Derecho foral (Curso 1985-1986). Año 1986 (páginas 343 y s.s.).

muy distinta la actuación en cada momento. Además, la capacidad es como mínimo, la misma que se precisaría para hacer la partición de cualquier herencia.

En conclusión, toda la doctrina coincide, en que aplicando la normativa referente a la capacidad del Código Civil, se deduce que la capacidad exigida al fiduciario debe ser la propia del acto con el que pretende ejecutar la fiducia. Lógicamente esta capacidad habrá de exigírsele en el momento de la ejecución, pues carecería de sentido que se le exigiese en otro momento distinto y pudiera llevar a cabo una determinada actividad en un momento en que carece de la capacidad para realizarla. A mi juicio, también es cierto que es razonable el planteamiento de si es exigible, además, que el fiduciario sea capaz en el momento de aceptar el encargo. Parece que en esta exigencia también hay acuerdo, como resulta de la doctrina que hemos mencionado. Pero en lo que no lo están, es en señalar cuál es el momento en que se produce la aceptación. CELAYA IBARRA²⁹, -opinión que sostuve (RUEDA ESTEBAN³⁰)-, considera que la aceptación se produce en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, a la muerte del causante. Pero esto, es en principio para dar comienzo al periodo y plazo de ejecución, lo que no significa que posteriormente no deba mantener la capacidad necesaria para esa ejecución. Así pues, se trata de una capacidad que podríamos llamar continuada, porque aunque realmente se requiere una capacidad para aceptar la delegación, en el momento de abrirse la sucesión, y una capacidad para realizar cada uno de los actos de ejecución de la fiducia en el momento de llevar a cabo cada uno de ellos. Por el contrario, para MALLO FRONTIÑAN y PRADAS ARNAL³¹ tal aceptación no se produce sino cuando se cumple el encargo, por lo cual no hay que plantearse la capacidad también en otro momento distinto (SIERRA PEREZ³²). Aunque a mi juicio, la aceptación es de la facultad de distribuir, y otra cosa es el ejercicio de la misma, que en su caso se producirá o no. Ejercitarla es llevar a cabo algún acto para los que la facultad autoriza al delegado. No obstante, volveremos posteriormente sobre la aceptación y su momento de hacerla.

Así pues, con SIERRA PEREZ³³, creemos que realmente la capacidad exigida se refiere a diferentes momentos, el de apertura de la sucesión –fallecimiento del

²⁹CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario” (Op. Cit. pag 755 y 756)

³⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 971). En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) Op’. (Op. Cit. pag. 172).

³¹MALLO FRONTIÑAN, A. y PRADAS ARNAL, J.A. “La fiducia sucesoria” (Op. Cit. pag 363)

³²SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...”(Op. Cit. pag. 95 y 96)

³³SIERRA PEREZ, I. “La fiducia.....” (op cit. en la anterior nota, en pages 96 y 97).

causante-, aceptación del encargo de hacerse de forma expresa, y en el momento de la ejecución de la fiducia y en el supuesto de que ésta se lleve a cabo en varios actos, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*, será preciso que se cumplan los requisitos de capacidad en todos y cada uno ellos de acuerdo con su naturaleza. Por lo tanto, la capacidad es precisa al aceptar la delegación –de hacerlo expresamente- y cada vez que actúe.

Todo esto, naturalmente, es una discusión que se plantea en el supuesto de que la norma guarde silencio en cuanto a la capacidad requerida para ser fiduciario y al momento en que tal capacidad ha de exigirse (no todo está específicamente regulado en el 831 CC, pues se entiende del conjunto del Código Civil). En el caso de la regulación aragonesa de la ley de sucesiones, ya hemos dicho que tiene en cuenta el momento de la apertura de la sucesión en lo concerniente a la exigencia de capacidad. Esto habrá que entenderlo, en todo caso, como una exigencia más, pues no es lógico pensar que si con posterioridad a la apertura de la sucesión perdiese el fiduciario la capacidad de obrar que entonces tenía, pueda ejecutar la fiducia realizando un acto para el que no está capacitado.

Se cuestiona MILLAN SALAS³⁴ respecto a la capacidad de obrar plena, la transcendencia que tendría que el cónyuge sobreviviente fuese declarado incapaz. Para el caso de incapacidad, el artículo 210 CC establece: «*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta...*» por lo tanto, será la sentencia la que determine si el cónyuge sobreviviente declarado incapaz puede o no ejercitar la facultad concedida. Ahora bien, la sentencia de incapacitación puede no hacer mención de dicha facultad, es decir, ni permitiéndola, ni tampoco negándola, en este caso, entendemos que el cónyuge supérstite declarado incapaz puede ejercitar tal facultad. En cualquier caso, es difícil de aceptar y será extraña la sentencia que permita que quien no puede gestionar sus propios asuntos con plena capacidad pueda ocuparse de algo tan delicado como es la facultad del art 831 CC. No es lo mismo que el incapacitado en un intervalo lúcido haga testamento, pues ahí no perjudica a nadie, que la posibilidad de ordenar u organizar una sucesión ajena. No obstante, debido a que dicha facultad puede ser ejercida bien en testamento, bien por acto «*inter vivos*», si la sentencia de incapacitación le prohíbe disponer de sus bienes, por testamento o por acto «*inter vivos*», entendemos que aquella facultad también le estaría prohibida al

³⁴MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 416).

estar incluida en otra más general como es la de disponer de bienes. Por ejemplo, el artículo 147-c de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón establece que la condición de fiduciario se pierde cuando el fiduciario sea declarado incapacitado judicialmente.

7.- LA CAPACIDAD DE SUCEDER EN EL FIDUCIARIO.

Además de la capacidad de obrar, hemos visto anteriormente que también es necesaria la capacidad de suceder. A mi juicio³⁵, la categoría de la indignidad está pensada para el caso de los sucesores y no para los ejecutores de última voluntad, ni para los que tienen conferida la delegación de mejorar y distribuir del artículo 831 del CC. Pero por analogía, debe aplicarse y esto supondría en algún caso la ineficacia de la fiducia, o con más exactitud la imposibilidad de su ejercicio. En el mismo sentido, SECO CARO³⁶, que se pregunta si el hecho de no hacer testamento y con ello anular la fiducia puede suponer el perdón en relación con el artículo 757 del Código Civil; pregunta a la que contesta negativamente ya que las causas de indignidad necesitan un perdón expreso, lo que aquí es difícil de obtener. En el mismo sentido se manifiesta SAPENA TOMAS³⁷ porque entiende que las causas de desheredación suponen en su mayoría (números 3º al 6º del artículo 756) una quiebra grave de las relaciones entre el indigno y el causante que justifican la ineficacia del llamamiento hecho sin conocimiento de ellas (artículo 757), y las restantes (artículo 756, 1º y 2º) un grave atentado contra la propia familia. Por lo que si tanto unas como otras invalidan aquella disposición de puro contenido material, con mayor motivo deben causar la quiebra de una atribución de confianza superior a la normal entre cónyuges.

Participa de la misma opinión CANO MARTINEZ DE VELASCO³⁸ que dice: «el cónyuge delegado pierde las facultades a él encomendadas por incapacidad o indignidad sucesorias, ya que, no pudiendo en tal caso heredar al premuerto, carece enteramente de sentido que siga ostentando la relativa prolongación de su personalidad que subyace en todo poder representativo sucesorio». Por lo tanto, le inhabilitaría para

³⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 971). Así lo sostuve en esta publicación. En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) (Op. Cit. pag. 171 y 172).

³⁶SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (pag 115 y pag 208)

³⁷SAPENA TOMAS, J. “La fiducia conyugal (art. 831 del Código Civil)” en obra “Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo” Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. Pág.907 a 985 (concretamente pág 926)

³⁸CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I. “La mejora”. Barcelona 2003 (pag. 82 s. s.)

ejercer su facultad tanto el haber sido justamente desheredado por el difunto como en su caso, haber sido declarado indigno respecto de él.

La tendencia en contra, la presenta MERINO HERNÁNDEZ³⁹ para quien aun cuando es aceptable el que estos actos deben dar lugar a la extinción de la fiducia, por la grave naturaleza que presentan, no obstante, al carecer de apoyo legal en la legislación foral aragonesa, sería difícil que prosperase una anulación judicial con esa reclamación

Sin embargo se manifestó de otra forma el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que considera la pérdida de confianza como causa determinante de la extinción de la fiducia sucesoria.⁴⁰

Comenta SIERRA PEREZ⁴¹, que en esta sentencia se está aplicando el derecho de la Compilación (aragonesa), puesto que la demanda se presentó en enero de 1999, por lo que todos los hechos que se juzgan se habrían producido antes de esa fecha, un mes antes de la aprobación de la Ley de Sucesiones aragonesa, pero también es cierto que cuando se dictó la sentencia, ya estaba en vigor la Ley de Sucesiones en cuyo artículo 147 se contempla como una de las causas de pérdida de la condición de fiduciario la indignidad para suceder. Así pues resulta textualmente de la norma, que la condición de fiduciario se pierde: «por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder». Es posible, por tanto, que en el momento de dictar sentencia el tribunal interpretara la Compilación a la luz de la Ley de Sucesiones, y que por tanto, admitir la

³⁹MERINO HERNANDEZ, J. L. “La fiducia Sucesoria en Aragón”, (Op. Cit. pag. 95 s.s.) . Dice este autor: «no me cabe la menor duda de que todos los actos a que se refiere el artículo 756 del Código civil, cometidos por el fiduciario contra la persona del comitente o contra sus descendientes, deberían ser causa de extinción de la fiducia, también en el Derecho aragonés. Son actos muy graves que determinan una pérdida de la confianza en que la delegación sucesoria se basa. Sin embargo una vez más tengo que insistir en que la Compilación no ofrece, a mi juicio, cauce legal alguno para ello. De ahí que tampoco en este caso parece fácil que pueda prosperar una acción judicial para solicitar la extinción del encargo fiduciario».

⁴⁰A este respecto el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 24 de mayo de 2002, señalando las causas de extinción de la fiducia recogidas en el artículo 110 de la Compilación, añadió posteriormente: «merece especial consideración determinar si ciertas conductas dan lugar a la pérdida de la condición de fiduciario, cuestión que merece una respuesta afirmativa, así sucederá en caso de incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder (artículos 86. 4º, 78 y 1. 2 de la Compilación) y si incumple, con negligencia grave o malicia las obligaciones inherentes a la administración de los bienes pendientes de asignación (artículo 86. 5º); ello es así por cuanto la fiducia sucesoria está basada desde sus orígenes en la confianza depositada en una persona, y si el cónyuge viudo pierde su condición de fiduciario cuando contraiga nuevas nupcias (o lleve vida marital estable: artículo 86. 2º), mayor razón habrá para estimar que la fiducia se extingue en los supuestos indicados».

⁴¹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695) Revista de Derecho patrimonial ARANZADI – THOMSON – 2007 - (Pag 89 a 121, en especial pag 98).

indignidad para suceder como causa de extinción de la fiducia no le resultase difícil.

En parecidos términos el artículo 48 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco, respecto del poder testatorio: *«El poder testatorio se extinguirá..... Por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la de indignidad para suceder»*. En definitiva, siendo de aplicación estas leyes, la incapacidad para suceder supondrá incapacidad para ejecutar la fiducia, pero, en el resto de las legislaciones civiles forales, ocurre como en Derecho Común, que al no contemplarse directamente en la norma, supondrá la aplicación analógica de las causas de desheredación a la extinción de la fiducia. A la hora de aplicar el artículo 831 del Código Civil, podremos apoyarnos en la interpretación que se da en los derechos forales, ya que no hay que olvidar que es de allí de donde se importó la facultad de delegar al Código Civil y donde su regulación es más exhaustiva. Con esa base parece aceptable admitir la indignidad para suceder como causa de extinción de la fiducia sucesoria, como por otro lado vemos que es doctrina mayoritaria.

MILLAN SALAS⁴² se pregunta si puede el cónyuge viudo ejercer la facultad cuando ha sido justamente desheredado o declarado indigno de suceder al cónyuge otorgante. Y la respuesta a juicio de este autor es que si las causas de desheredación e indignidad constituyen agravios hechos por el cónyuge sobreviviente al cónyuge otorgante, esto implicaría que aquél ha dejado de ser una persona de confianza del causante para el ejercicio de la facultad del artículo 831 CC; por esta razón, si el cónyuge sobreviviente ha sido justamente desheredado por el cónyuge otorgante o declarado indigno de sucederle, en ambos casos, pierde dicha facultad. Por ejemplo, las legislaciones forales en este sentido establecen que la condición de fiduciario se pierde por incurrir este para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder (art. 147-f Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón); el poder testatorio se extinguirá por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder (artículos 48.6 y 171.6 Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco).

Sobre si hay incompatibilidad de intereses del cónyuge viudo en el caso de que herede la porción de uno de sus hijos, se puede decir que las doctrinas están

⁴²MILLAN SALAS, F. "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil". (Op. Cit. pag. 416).

encontradas: frente a los que le niegan la posibilidad de mejorar (MORELL Y TERRY⁴³, SECO CARO⁴⁴) están las doctrinas mayoritarias (VALLET DE GOYTISOLO⁴⁵, GARRIDO DE PALMA⁴⁶), que no ven obstáculo para que mejore, en sentido amplio, a cualquiera de los descendientes supérstites.

Con las reglas ordinarias de la sucesión, puede mejorar al hijo ó descendiente, mientras viva; una vez fallecido este último, ya no podrá hacerlo, sin perjuicio de que en su caso le pueda heredar, lo que significa que podrá de nuevo mejorar a otros, pero ya con bienes propios.

En cuanto a la capacidad de obrar, incluye lógicamente la de testar que precisará el cónyuge cuando ejercite su facultad de mejorar ó distribuir por un acto mortis causa.

Respecto al momento de ostentar esa capacidad para el ejercicio de la delegación, algún autor (GARRIDO MELERO⁴⁷) ha estimado que es el de la apertura de la sucesión; a mi juicio, se debe tener esa capacidad en los distintos momentos de la fiducia; es decir, no sólo en el momento de la apertura de la sucesión (para aceptar la delegación), sino también en el momento de la realización de cada acto de distribución ó adjudicación. Sobre todo esto, volveremos detenidamente en el análisis de los elementos subjetivos de la figura.

No obstante, sin perjuicio de analizar posteriormente esa capacidad, si es requisito o presupuesto necesario de hecho, que el concedente de la facultad premuera al cónyuge facultado.

En principio, la facultad puede concederse recíprocamente por los cónyuges, cada uno en su propio testamento, bien con el mismo contenido o con contenido diferente, en cuyo caso a la muerte de cualquiera de ellos el superviviente será el encargado de ejecutar la fiducia. Pero si solamente uno de los cónyuges concedió al otro las facultades previstas en el precepto, será el concedente el que tendrá que fallecer primero, para que el otro pueda ejecutar el encargo (LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁴⁸). No

⁴³MORELL Y TERRY, J. “Mejoras”. RGLJ. 1893. Tomo 83 (pág. 271).

⁴⁴SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. (Op. cit. Pág. 168 y 208).

⁴⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831...” (Op. cit. pag. 412 y 413)

⁴⁶GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 CC” Publicado en homenaje a Ramón María Roca Sastre” (en pag. 379) “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil”. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.J. Notariado 2005, nº 55 (Pág. 121 a 136). Publicado también en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Murcia 2004. (Pág. 2021 a 2029). Dice este autor: puede efectuarlo como puede verificar un legado”.

⁴⁷GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente *more uxorio* y familia en el Código Civil de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja”. (En la Notaría Julio-Agosto 1998, págs. 35 y s.s.)

⁴⁸LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. cit. Pág. 1127).

obstante, estudiaremos esto más detenidamente en el apartado relativo a los sujetos de la fiducia.

8.-OTRAS INCAPACIDADES: LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EL FIDUCIARIO Y LA QUIEBRA DE LA CONFIANZA.

Se hace necesario hacer una referencia a la situación de la pérdida de la patria potestad por el fiduciario. Se cuestiona SEDA HERMOSÍN⁴⁹: ¿pierde la facultad de fiducia sucesoria el cónyuge que ha sido privado de la patria potestad de los hijos comunes? Nada decía la redacción anterior del precepto ni nada dice la actual. Nos inclinamos a pensar que en tal caso se extingue la facultad de fiducia sucesoria, porque si el fundamento de la institución es la relación de confianza, se cuestiona este autor cómo no va a quebrarse la relación de confianza respecto del progenitor que pierde la patria potestad. Si su conducta merece el reproche social y de los poderes públicos, con mayor razón merece el reproche del otro progenitor. Así pues conforme este razonamiento, el progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes no puede usar la facultad de fiducia sucesoria, por ser su situación contraria a la esencia de la institución. Exceptúese el caso en que la atribución de la facultad por el progenitor concedente sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto éste de puro laboratorio pero congruente con el planteamiento que venimos defendiendo. No obstante aclararemos que pérdida no es suspensión, ni de la titularidad ni del ejercicio, ya que la persona que por una enfermedad o accidente se ve imposibilitada durante un tiempo del ejercicio de la patria potestad, no pierde por esto ninguna confianza.

Pensemos que no sólo es la pérdida de la confianza, sino también que si se delega en el cónyuge, lo es porque se piensa que es muy capaz de cuidar de los hijos comunes. Un progenitor al que se priva judicialmente de la patria potestad, es una persona que ha demostrado que no se ocupa de los hijos. Así pues debemos concluir en que de haberse realizado esa delegación, mientras no recupere la patria potestad, la fiducia conferida desaparece. Otra cosa sería un evidente contrasentido. Si su conducta merece el reproche social y de los poderes públicos, con mayor razón merece el reproche del otro progenitor. Absolutamente de acuerdo con la extinción de la fiducia en este caso, porque el progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes no puede usar la facultad de fiducia sucesoria, por ser su situación contraria a la esencia de la institución. El principio de autonomía de la voluntad del causante haría una excepción en el caso de

⁴⁹SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad..." (nota anterior, pag.270).

que la atribución de la facultad por el progenitor concedente fuese posterior a la privación de la patria potestad, supuesto éste de puro laboratorio, pero congruente con el planteamiento que venimos defendiendo. No obstante, nos parece difícil de aceptar, y aún más pensando en el beneficio y protección del discapacitado. Al hipotético fiduciario le han privado de la patria potestad por no cumplir sus deberes, por lo que no es conveniente dejar en sus manos una gran cantidad de facultades para que cuide del hijo discapacitado.

También queda sin resolver el problema de si subsiste la facultad de fiducia cuando el cónyuge ha contraído nuevo matrimonio que después resulta declarado nulo. Entendemos con la doctrina mayoritaria (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵⁰, SIERRA PEREZ⁵¹, RUEDA ESTEBAN⁵²) que se extinguió la facultad por la celebración del nuevo matrimonio, dada la quiebra de la confianza. Y esa quiebra no se altera por el mero hecho de que la falta de algún requisito, que puede ser meramente formal, deje sin efecto el matrimonio celebrado, máxime cuando también se extingue la figura por el hecho de pasar a vivir maritalmente con otra persona, que es tanto como convivir al modo matrimonial sin pasar por la «formalidad» del matrimonio (SEDA HERMOSIN⁵³). Todo esto, será objeto de estudio en el capítulo relativo a la extinción de la fiducia. Pero en definitiva, cuando se da alguna de las circunstancias que la ley marca no es que la facultad quede dormida es que se extingue y no revive.

9.- LA ACEPTACIÓN DEL FIDUCIARIO: TIEMPO Y EFECTOS.

Según LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA⁵⁴, la fiducia es un encargo basado en la confianza que despierta el cónyuge, que además se trata de un verdadero poder *mortis causa* y, por lo tanto tiene el carácter de personalísimo, indelegable, incluso en poderes especiales, pero sí renunciable. Así pues, siendo como es renunciable, la pregunta que surge es de la necesidad o no de la aceptación por el fiduciario, que entiendo deberá producirse aunque sólo sea al objeto de evitar la incertidumbre de los que gozan de una

⁵⁰LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, Fascículo de julio a septiembre de 2005 – Ministerio de Justicia.(pag 1124 y 1125)

⁵¹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag. 105)

⁵²RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag. 971). En “La fiducia sucesoria...” (Los patrimonios...) (Op. Cit. pag. 169).

⁵³SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s. en especial la pag. 271)

⁵⁴LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. “De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 s.s. de la Compilación Aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales” Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXXIV-Vol 1 Pag 282.

expectativa de derecho en la herencia del causante. Continúa este autor diciendo que la aceptación puede ser expresa o tácita y que los interesados en la herencia pueden exigir que se haga de forma expresa. No cree necesario el inventario ni la fianza. Nosotros, sin embargo, debemos disentir porque el inventario si lo creemos necesario, diríamos que indispensable, máxime si el cónyuge también sucede o si hay hijos no comunes porque es la mínima garantía de que se obra correctamente. Cualquiera que administra patrimonio ajeno- excepto padres con los hijos sometidos a patria potestad se somete a ese inventario, ya que en tanto no se hace la partición es conveniente saber que bienes son los que están sin repartir, máxime si es el fiduciario el que los administra. En cambio la fianza sí la consideramos innecesaria. Otra cosa es que la exija el mismo delegante en el testamento de constitución de la fiducia, en cuyo caso, a mi juicio no hay duda de su necesidad por imposición del causante.

En cambio, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO⁵⁵ entiende que la delegación no pasa de ser un acto unilateral tan personalísimo que no es ni siquiera susceptible de ser aceptado como lo es un contrato. En suma, la delegación se ejercita o no se ejercita por el cónyuge viudo, pero no forzosamente se acepta o se rechaza de forma expresa, ya que la aceptación puede ser tácita (con la propia actuación) o expresa, y luego se ejercita o no. Explica posteriormente que aun hecha en capitulaciones matrimoniales, no es necesaria ni posible la aceptación del delegado y que tal afirmación resulta más evidente todavía ante la posibilidad de delegar en testamento. Tampoco es necesaria ni posible la aceptación *post mortem* de la delegación. En esta línea, SIERRA PEREZ⁵⁶, sobre todo teniendo en cuenta que hoy día la fiducia en Derecho común solo puede establecerse en testamento, por lo que no tiene por qué ser conocida hasta la muerte del concedente y, tras ésta, tampoco es preciso que el fiduciario comunique a los posibles herederos su intención de aceptar o no las facultades concedidas porque en ningún lugar del texto dice que tenga obligación de comunicar si piensa aceptar o no. Otra cosa es si se le podría instar a ello como hemos señalado anteriormente.

Y aunque sea excesivo que si no tiene plazo, pueda estar hasta su muerte sin saber si acepta o no, es claro que aun aceptando, es posible que luego no haga nada, porque aceptar no significa necesariamente actuar. Pero al menos, si renuncia, se sabe si ha desistido de hacer nada inicialmente, y en tal caso con esa renuncia por medio, se podrá

⁵⁵CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I. “La mejora”. Barcelona 2003 (pag 82 s.s.)

⁵⁶SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pag. 104)

realizar la partición. En otro caso esta queda paralizada. Una solución a esta cuestión sería la de permitir a los herederos la misma facultad que se les reconoce en el artículo 1005 CC instando al heredero –en este caso fiduciario- a que acepte o renuncie a la herencia (posible aplicación de la *interrogatio in iure*). En este sentido, es importante por sus razones, la opinión de DIAZ ALABART⁵⁷, que no ve clara la aplicación de la *interrogatio* en estos supuestos.

Como probablemente⁵⁸ no es preciso que acepte formalmente, se puede entender por una parte que se le puede interrogar *in iure* para que manifieste su intención respecto a la fiducia y la facultad conferida. ¿Cómo va a estar toda su vida –si ese es el plazo, sin que se le pueda instar siquiera a que se pronuncie si acepta o no la fiducia? Lo que no se puede es obligarle a que actúe mientras no acaba el plazo. Más bien, si en el momento del fallecimiento carece de capacidad, habrá de entenderse que la institución no puede hacerse efectiva porque falta una condición de eficacia. No obstante DIAZ ALABART⁵⁹, entiende que es dudosa la aplicación de la “*interrogatio*” en esta cuestión. A juicio de esta autora, en principio, sería factible el empleo por parte de los hijos o descendientes mediante la “*interpellatio*”. Pero lo cierto es que la cuestión no está nada clara, y parece que a su juicio se debería optar por una respuesta negativa porque el artículo 1005 CC está previsto específicamente para la aceptación o repudiación de una herencia, pero no para la aceptación o repudiación de una facultad especial que permita al delegado hacer mejoras en la herencia del causante respecto de los hijos o descendientes comunes. Además, tampoco el resultado de la “*interrogatio*” resolvería el problema realmente, salvo que sea la repudiación de la facultad. El régimen de legitimación activa del 1005 CC ya de por sí tan amplio, puede resultar excesivo si lo extendemos al caso de la facultad del art 831 CC. No parece que la segunda situación pueda tener cabida dentro de la primera. Todo lo más se podría entender que el interés de los hijos y descendientes comunes en saber si es posible o no hacer ya una partición definitiva, sin necesidad de tener que esperar un lapso de tiempo que puede ser tan largo, permita que en forma paralela a la “*interrogatio*” del art 1005 CC, se pueda dirigir al Juez cualquiera de esos

⁵⁷DIAZ ALABART, S. “La *interrogatio* o *interpellatio in iure* (art. 1005 CC)” Trabajo en homenaje Rafael Gomez-Ferrer Sapiña, pendiente de publicación y facilitado por gentileza de la autora. A juicio de esta autora, no cabe la *interpellatio in iure* para el caso de la fiducia del 831 CC, porque una cosa es la aceptación o repudiación de la herencia y otra muy distinta la de aceptar o renunciar a la facultad especial que concede el artículo 831 CC.

⁵⁸Entendemos que no es pacífica la cuestión, por lo que no haremos aseveración absoluta.

⁵⁹DIAZ ALABART, S. “La *interrogatio* o *interpellatio in iure* (art. 1005 CC)”

hijos o descendientes comunes y le soliciten que interpele al progenitor supérstite sobre si acepta o no la facultad concedida por el causante. Eso no ocasionaría ningún inconveniente al cónyuge delegado, puesto que en caso de aceptar ello no le obligaría después necesariamente a ejercitar su facultad, y mucho menos a hacerlo antes de que el plazo acabe. Mientras que si ya tiene claro que va renunciar, sería positivo para todos los implicados que lo manifestara cuanto antes. No obstante no parece a juicio de esta autora⁶⁰ que esa actuación tenga cabida dentro del art 1005 CC. Nosotros, no obstante los argumentos fundados para no admitir la *interrogatio in iure* respecto del supérstite, hemos de considerar al menos la solución afirmativa porque es la única posibilidad de que ante un silencio prolongado del fiduciario, los titulares de derechos expectantes puedan saber a qué atenerse.

Ciertamente si el fiduciario realizó actos de cierta envergadura, se entenderá tácitamente aceptada tácitamente la delegación; y además cabe, desde luego, la aceptación expresa. Pero lo normal es que el fiduciario no comunique ni haga nada de momento (sobre todo cuando la fiducia es vitalicia con posibilidad de ejecución para actos de última voluntad, esto es testamento del fiduciario), con lo que los hijos y descendientes comunes tendrán que esperar a que se produzca el deceso de este supérstite. Pero ocurre que, los casos en que por la naturaleza del patrimonio hereditario –empresa, establecimiento fabril, agrícola...- no pueda admitir espera la solución fiduciaria, de manera que los herederos quieran saber a quién dirigirse como administrador del caudal, se hace necesario esa aceptación para la tranquilidad en la gestión de tales negocios (Piénsese, que los mejorables quieren saber si van a tener o no quien les mejore, o por el contrario van a suceder por partes iguales, con lo que su participación en la empresa familiar será distinta, y su actitud aún más). Es por esto, simple razón pragmática, que nos uniremos a la solución de admitir la *interpellatio* en los términos parecidos que en el artículo 1005 CC. Además, supongamos que aunque no se acepte, cualquier herencia necesita de una actividad de administración que, si el cónyuge viudo toma sobre sí, en lugar de llevarlo a cabo a través de la comunidad hereditaria, ya está manifestando que acepta la fiducia; otra forma de averiguar que piensa hacer el viudo es pedirle la legítima, si solamente se muestra dispuesto a pagar la legítima corta, es claro que acepta su nombramiento como fiduciario (independientemente de que luego lo llegue a ejercitar o no, pues para ello habrá que

⁶⁰DIAZ ALABART, S. “La *interrogatio* o *interpellatio in iure* (art. 1005 CC)”.

esperar hasta que el plazo para hacerlo finalice)

En conclusión y a nuestro juicio, por lo que se refiere a la aceptación de la fiducia, se estará a los mismos términos y principios que para la aceptación y repudiación de las herencias: por lo que la aceptación de la fiducia es voluntaria y libre (988 CC); los efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del comitente (989 CC); debe ser pura y simple, así que no cabe aceptar la fiducia en parte, ni a plazos, ni condicionalmente (990 CC); no cabe la aceptación sino hasta la muerte del testador, lo que hace que no quepa considerarla como pacto sucesorio (990 CC); ya hemos contemplado que es necesaria capacidad en el fiduciario para aceptar, esto es, tener la libre disposición de sus bienes (992 CC); una vez hecha la aceptación de la fiducia, es irrevocable, y solo puede ser impugnada cuando adolezca de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido (997 CC); y en cuanto a las formas de aceptación, puede ser expresa o tácita, de forma que la expresa se podrá hacer en documento público o privado. Habida cuenta de la forma solemne instrumental que se requiere para su constitución, (el testamento), es recomendable la aceptación en documento notarial; la aceptación tácita de la fiducia, puede revestir todas las formas que la aceptación tácita de la herencia, esto es, por continuación de negocios del causante, pago de deudas del caudal hereditario, cierre de empresa heredada, concurrencia a embargo de bienes de la herencia, constitución de una hipoteca sobre bien del caudal relicto o modificación de una hipoteca inmobiliaria sobre un bien hereditario, reclamación de bienes sujetos a reserva; pero el más común será el de la participación o petición de las operaciones de partición de la herencia y en general la realización de actos que no dejen lugar a duda sobre la voluntad de heredar y aceptar la fiducia. No supondrán actos de aceptación tácita, la disposición ordinaria y de uso de dinero en una cuenta corriente que la fiduciaria tuviese en común con el comitente, la administración del patrimonio ganancial, o la realización de un inventario de los bienes del causante. Por último, en principio son aplicables las normas del Código Civil relativas a repudiación en instrumento público (1008 CC), y las normas sobre aceptación pura y simple o a beneficio de inventario así como con derecho para deliberar. Sin embargo, son de poca utilidad para el fiduciario, ya que recibe una facultad y no patrimonio. ¿Que objeto tiene el beneficio de inventario, si no va a responder de ninguna deuda? Igualmente ocurriría con el derecho a deliberar. Estas dos figuras tienen sentido cuando se sucede al causante, no cuando se tiene una mera facultad –por importante que sea- de partir o de mejorar. Pero no obstante, si

puede hacerlo y no solo en garantía propia –además del inventario que lo sería también de los herederos- sino en protección de los mismos herederos o legatarios posibles mejorados, esto es, en su representación y si ellos no deciden hacerlo en su propio nombre.

Particular mención merece la situación en la que el fiduciario hubiese sido llamado a la fiducia respecto de una parte de los bienes de la herencia, esto es de un legado. Si es al mismo tiempo heredero, podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, o renunciar a este y aceptar la herencia (890 CC). En el mismo sentido, si se trata de varios legados, de los que uno de ellos tuviese la fiducia, a mi juicio será considerado oneroso, por lo que no podrá renunciar a este, el sometido a la fiducia, y aceptar el otro que está libre de ella. Si ambos legados están sometidos a la fiducia es libre de aceptarlos todos o repudiar el que quiera (890 CC).

Pero naturalmente existen las doctrinas en distinta línea. Dicen estas que para que tenga sentido hablar de la aceptación en un momento distinto del de la ejecución de la fiducia, debemos analizar qué alcance tiene la aceptación por sí misma, lo que analizaremos posteriormente. Hay que tener en cuenta que en un negocio jurídico unilateral, la aceptación produce como efecto la imposibilidad de revocación, pero en el caso de nombramiento del fiduciario este nombramiento no produce efectos si no tras la muerte del causante y por lo tanto en un momento en el que ya la revocación es imposible. Además, el hecho mismo de la aceptación por parte del fiduciario no puede significar que quede obligado a ejecutar la fiducia, pues se trata de un cargo voluntario y de hecho, lo más frecuente en la práctica, es que el fiduciario no llegue nunca a realizar dicha aceptación. Por tanto no parece que tenga sentido hablar de una aceptación separada de la propia ejecución, ni, por consiguiente, de la necesidad de analizar la capacidad del fiduciario en otro momento distinto, ni tampoco hablar de una necesidad de capacidad que debe darse en varios momentos: momento de fallecimiento del causante que es cuando se produce la apertura de la sucesión, momento de la aceptación si es expresa, y desde luego, momentos en los que se ejercite la fiducia (cada uno de ellos).

En esta misma línea se manifiesta, como hemos expuesto antes, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO⁶¹, cuando afirma que la delegación no pasa de ser un acto unilateral tan personalísimo que no es ni siquiera susceptible de ser aceptado como lo es un contrato.

⁶¹CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I. “La mejora”. (Op. Cit. pag 82 s.s.)

En suma, la delegación se ejercita o no se ejercita por el cónyuge viudo, pero no se acepta o se rechaza. Aun hecha en capitulaciones matrimoniales, no es necesaria ni posible la aceptación del delegado. Como se ha expuesto, tal afirmación resulta más evidente todavía ante la posibilidad de delegar en testamento. Tampoco es necesaria ni posible la aceptación *postmortem* de la delegación. En contra, LATORRE MARTINEZ DE BAROJA⁶², que respecto de esta figura en la compilación aragonesa, señala que «la fiducia es un encargo basado en la confianza que despierta el cónyuge, que se trata de un verdadero poder *mortis causa*, y por ello conlleva el ser personalísimo, indelegable, incluso en poderes especiales, pero sí renunciable... siendo como es renunciable, la pregunta que surge es de la necesidad o no de la aceptación por el fiduciario, que entiendo deberá producirse aunque sólo sea al objeto de evitar la incertidumbre de los que gozan de una expectativa de derecho en la herencia del causante». Es de reseñar que en esta legislación foral, la aceptación puede ser expresa o tácita y que los interesados en la herencia pueden exigir que sea de forma expresa.

Lo que sí puede producirse en cualquier momento tras la apertura del testamento es la renuncia por parte del nombrado fiduciario. En este caso, el nombramiento carecería de efecto y se pasaría a la apertura de la sucesión intestada, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa para el caso de renuncia.

10.- RELACIÓN DEL TESTADOR CAUSANTE CON EL FIDUCIARIO.

El cambio más importante introducido con la nueva redacción del artículo 831 CC es el relativo a la relación que debe existir entre el comitente y el fiduciario. En las dos anteriores redacciones del artículo 831 CC, el otorgante únicamente podía nombrar fiduciario a su cónyuge. La mayor novedad introducida por la ley 41/2003 es la ampliación de las personas en las que puede caer la designación, ya que puede serlo la persona con la que el otorgante tenga descendencia común, sin importar que estén o no casados entre sí, ni atender tampoco a la existencia de convivencia,(de la Exposición de Motivos no resulta otra cosa y del texto del 831 CC tampoco resulta que se exija la convivencia) aunque como hemos sostenido, las parejas no casadas necesitan también la *affectio* al igual que los matrimonios. No obstante, hemos sostenido que la convivencia es la que hace presumir la *affectio*. Otra cosa es que en algún supuesto excepcional

⁶²LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. “De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 s.s. de la Compilación Aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales” Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXXIV-Vol 1 Pag 282.

pueda faltar la convivencia temporalmente, pero la regla ha de ser la convivencia. Establece el párrafo 6º del artículo 831 << *Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí* >>.

A juicio de SIERRA PEREZ⁶³, La nueva redacción hace pensar que lo que posibilita a una persona para ser nombrada fiduciario por parte de otra es el hecho de que entre ambos haya una descendencia común, ya que se trata precisamente de ordenar la sucesión entre los hijos comunes. No obstante, nosotros entendemos, y recordaremos que hemos sostenido que la base de poder ordenar esa sucesión es la *affectio* que se presume en quienes conviven. El incluir parejas de hecho no significa que sea sólo la descendencia. Al contrario, limitamos las parejas que pueden delegar a las que realmente son *more uxorio*. Al decaer la necesidad de que exista matrimonio entre el otorgante y el fiduciario (si bien, aunque no exige matrimonio, si convivencia *more uxorio*, y además, la descendencia común) y hacer pivotar la figura en torno a la descendencia común, se abren una serie de posibilidades a la hora de nombrar fiduciario que antes no existían. Al hablar de posibilidades nuevas nos referimos, por un lado, a aquellas parejas de hecho con descendencia común, ya sea biológica o de adopción, que no han contraído el vínculo entre sí, pero de las que podríamos decir que mantienen una relación estable con análogos lazos de afectividad que el matrimonio. Esta es la fórmula habitualmente empleada cuando quiere equipararse la pareja de hecho al matrimonio. Se trata, normalmente, de personas que no han contraído matrimonio entre sí, pero que tampoco se encuentran casadas con terceras personas.

Ya hemos analizado en otros capítulos, la criticable redacción del apartado 6º del artículo 831 CC, y los numerosos problemas que produce, que nos lleva a perniciosos efectos, producto de las interpretaciones extrañas que se pueden dar sobre el texto del mismo. Por ejemplo, la que hace SIERRA PEREZ⁶⁴ sobre las posibles personas fiduciarias en el caso de parejas de hecho, de forma que entiende que la fiducia también se aplicará a aquellos supuestos en los que el otorgante haya contraído vínculo con una persona, o tenga con ella una relación estable, pero teniendo descendencia con una tercera persona, sea a ésta a la que nombre fiduciario, incluso sin que haya habido nunca convivencia con ella. Aunque como ya hemos sostenido anteriormente, la convivencia

⁶³SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag. 99)

⁶⁴SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior e esta en pag. 99 y 100).

es la piedra de toque en una pareja de hecho para poder decir que es una relación similar al matrimonio. Los cónyuges han de vivir juntos (lógicamente se exceptúan, situaciones laborales o de salud, etc. que transitoriamente no permitan esa convivencia). Surgen de nuevo las cuestiones que hemos estudiado sobre si basta la existencia de descendencia común, o es necesario algo más, tal como la *afectio maritalis*, o incluso el vínculo afectivo que se traduce en “la casa, mesa y cama en común”.

Además, de la terminología resulta que para mejorar, se necesita al menos una descendencia superior a la unidad, pues se mejora con respecto a otro u otros, por lo que faltando ese vínculo afectivo de continuidad, difícilmente esa descendencia sea de más de un hijo (como no se trate de hijos gemelos o mellizos...). La situación puede todavía complicarse más en el supuesto en que el otorgante tenga descendencia tanto dentro como fuera del matrimonio, en cuyo caso podrá nombrar fiduciario tanto al cónyuge como al progenitor de sus hijos no matrimoniales, claro está, respecto de los que tenga en común con el fiduciario; situación de difícil producción porque si no convive no es pareja de hecho, y no parece que la facultad del 831 CC pueda ser para parejas adúlteras; esto suscita la compleja cuestión, que abordaremos en otros capítulos de la compatibilidad de fiduciarios respecto de descendencias distintas con parejas diversas de hecho ¿Será posible la institución de varios fiduciarios, cada uno de ellos con respecto a su descendencia común?

Todo esto, sin entrar ahora a analizar la importancia que la ruptura matrimonial o el cese de la convivencia, ya sea en el matrimonio o en la pareja de hecho, pueda tener sobre la extinción de la fiducia, ya que ésta se considera que tiene su base en la confianza y el cese de la convivencia puede significar también la pérdida de aquélla. Esta redacción dada al artículo 831 CC, de la que se deduce que al nombrar fiduciario para ordenar la sucesión de los hijos comunes no habrá ninguna diferencia de tratamiento entre aquellos casos en que los progenitores se encuentran unidos en matrimonio de aquellos otros en que matrimonio no exista, pero que además, no exige de forma expresa la convivencia ni la estabilidad de la pareja, no es la fórmula general empleada en los derechos forales.

Aun así, MILLAN SALAS⁶⁵ estima que al equiparar en el artículo 831 CC, las parejas no casadas a las casadas a los efectos de concederse la facultad de mejorar, se plantea el

⁶⁵MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 412).

problema de cómo vamos a exigir a las parejas casadas que no se rompa el vínculo matrimonial para que la facultad concedida no se pierda, y no a las parejas de hecho al no existir vínculo matrimonial. Ante este problema este autor plantea dos soluciones: primera, que la facultad de mejorar subsista a pesar de la nulidad matrimonial, divorcio o separación legal de los cónyuges y de la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho; segunda, que la facultad de mejorar se pierda en los casos de nulidad, separación y divorcio en las parejas unidas por matrimonio y desde la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho. Respecto a la primera solución, si el otorgante considera, a pesar de producirse alguna de estas situaciones de ruptura, que existe con quien le concedió la facultad de mejorar una confianza mutua para su ejercicio, la facultad subsistiría; en caso contrario, cuando ya no existe confianza mutua la subsistencia de la facultad de mejorar no sería un problema para quien la concedió, ya que como ésta sólo se puede conceder en testamento, si aquél revoca el testamento en que se hizo la concesión, ésta queda revocada. Además, con el nuevo artículo 831 CC el otorgante puede dispensar en su testamento como causas de extinción de la facultad concedida el que su cónyuge viudo o pareja de hecho pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga un hijo no común. Si la producción de estas causas de extinción de la facultad después del fallecimiento del testador-otorgante pueden ser dispensadas por éste en su testamento, la facultad subsistiría cuando dichas causas se produzcan en vida del otorgante de la facultad, en cuanto que éste tiene la posibilidad de revocar o no el testamento en donde se concedió la facultad, y consecuentemente ésta, dependiendo si ha desaparecido o no la confianza mutua entre el otorgante y quien recibió la facultad de mejorar, en aras tanto de la protección del patrimonio del discapacitado como de la transmisión íntegra de la empresa familiar. No se perdería, por tanto, la facultad concedida al cónyuge o pareja de hecho cuando en vida del testador pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga algún hijo no común mientras no revoque la facultad por revocación del testamento en que se concede. La dispensa en testamento de estas causas legales de extinción de la facultad, producidas después del fallecimiento del otorgante, equivale, cuando estas mismas causas se producen en vida del mismo, a la no revocación del testamento donde fue concedida la facultad, y, por tanto, a su subsistencia. En cuanto a la segunda solución apuntada, que la facultad de mejorar se pierda en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio o desde la

ruptura de la convivencia en las parejas de hecho, entiende MILLAN SALAS⁶⁶ que es la solución que se ajusta al espíritu de la ley, manteniendo, tras la reforma de 2003, el mismo criterio en los casos de nulidad, separación o divorcio que se mantenían con anterioridad a dicha reforma; y en los casos de parejas de hecho, la ruptura de la convivencia es causa de pérdida de la facultad cuando dicha ruptura sea permanente y no meramente transitoria.

En la legislación foral balear tenemos el Derecho aplicable a Ibiza y Formentera: art. 71, por el cual, dicha facultad debe recaer en el cónyuge; pero se extiende tanto al cónyuge como la pareja estable aunque no estén casados, al entrar en vigor la ley de parejas estables, ya que, según su disposición adicional 2ª, los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares, se entenderá de igual aplicación para los miembros de una pareja estable.

En el derecho aragonés, también existía la limitación en el nombramiento de fiduciario que podía únicamente recaer en el cónyuge y por tanto requería la existencia de un matrimonio ya fuese civil o canónico. Posteriormente, en la ley de sucesiones de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas) se amplía el régimen subjetivo, pudiendo ser nombrado uno o varios fiduciarios y pudiendo serlo cualquier persona. Pero esta ampliación va unida a una verdadera bifurcación del régimen jurídico de la fiducia, ya que al cónyuge viudo fiduciario se le da un tratamiento especial, más beneficioso que al resto de los demás posibles fiduciarios en cuanto al plazo de ejecución, administración de la herencia pendiente de asignación, formación de inventario, forma de ejecución y modo de actuación. A estos efectos, como señala CALATAYUD SIERRA⁶⁷, la pareja estable no casada no está equiparada al cónyuge, y se considera igual que cualquier otra persona. Y habría que decir que lo mismo sucede en el caso de que sea nombrada fiduciaria la persona con la que se comparte descendencia aunque no sea pareja estable (entiéndase este caso para la fiducia en Aragón, que no es el caso de la del 831 CC). En cualquier caso, la comparación con el Derecho Foral aragonés es compleja, pues la fiducia sucesoria en Aragón ha sido una institución tradicional y habitual en los

⁶⁶MILLAN SALAS, F. "La delegación de la facultad d mejorar..." (Op cit. en nota anterior, pag 413).

⁶⁷CALATAYUD SIERRA, A. "Ley de sucesiones: comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho Civil: la fiducia sucesoria" RDCA Volumen 1º-1999. "Actos de ejecución de la fiducia sucesoria" – Circular 2004/0034 (pag. 7).

testamentos de los aragoneses, y además, no solo recoge la fiducia a favor del cónyuge, sino también la fiducia colectiva, figura donde la Junta de Parientes tiene su aplicación más importante, y presenta particularidades y contenidos que exceden con mucho de la regulación y régimen que la que se contempla en la delegación para mejorar recogida en el 831 CC.

En los Derechos Forales de Navarra y el País Vasco, igual que hemos visto en el aragonés, el nombramiento puede recaer en cualquier persona. Además en el del País Vasco también se contemplan algunas diferencias en el caso de que recaiga sobre el cónyuge. La ley catalana en su artículo 148 también habla del cónyuge como fiduciario y si bien es cierto que el artículo 149 de esta ley establece la posibilidad de nombrar fiduciario a los dos parientes más próximos, sin individualizarlos, actualmente los artículos 424.5 y 424.6 del Libro IV del Código Civil de Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones). Este supuesto no nos interesa ya que establece una normativa distinta y nosotros buscamos la comparación con el artículo 831 CC. En la ley de Derecho Civil de Galicia, artículo 141, se establece la necesidad de que la facultad de mejorar recaiga en el cónyuge y no establece ningún otro tipo de fiducia.

Si como venimos diciendo, tratamos de interpretar la fiducia sucesoria contenida en el artículo 831 del Código Civil apoyándonos en el estudio de la misma figura en los derechos forales de los que procede, tenemos que concluir que, en este momento, la redacción del artículo se ha separado de cualquiera de estas regulaciones, pues en ninguna de ellas se prescinde de forma absoluta de la convivencia entre los progenitores. Y en el CC, tampoco se prescinde, solo que lo único que hace es hablar de parejas de hecho

11.- BENEFICIARIOS: LAS PERSONAS ENTRE LAS QUE EL FIDUCIARIO PUEDE DISTRIBUIR LA HERENCIA DEL CAUSANTE

Forzosamente han de ser hijos o descendientes comunes del disponente y del fiduciario. La lectura del artículo 831 CC no deja lugar a otra interpretación, y es clara. Pero esto no siempre fue así, de forma que para entender la trascendencia que tiene la reforma realizada, es necesario recordar un poco de la historia del artículo y su evolución. En las anteriores redacciones del artículo 831 del Código Civil eran solo los hijos comunes del comitente y el fiduciario los que se veían afectados por la constitución de la fiducia, ya que la herencia de su padre o madre, que había de

corresponderles, quedaba pendiente de la decisión que más adelante tomaría el cónyuge supérstite.

Con anterioridad a 2003, la doctrina discrepaba sobre la posibilidad de ejercicio de la facultad delegada cuando coexistían hijos comunes e hijos no comunes, bien fuesen estos últimos hijos del concedente, bien del autorizado. Ahora creemos que, con la redacción de 2003, la respuesta positiva está claramente recogida en el número cuatro del precepto, a pesar de que existe una cierta contradicción entre este número cuatro y el número uno del propio artículo 831 CC que se limita a los hijos comunes. Pero lo cierto es que en el primer párrafo del artículo 831.4 CC se mencionan las legítimas que favorecen a quien no sea descendiente común como límite de las facultades del delegante; es verdad que esta legítima pudiera ser la del viudo o viuda del comitente, resultado de un sucesivo matrimonio o del único matrimonio del causante, pero en todo caso con quien no ha tenido descendencia, lo que seguiría situándonos en un escenario en el que no concurren descendientes comunes y no comunes. Sin embargo, el segundo párrafo de ese mismo artículo 831.4 ya no deja dudas sobre esa eventual concurrencia, pues ya se menciona expresamente el caso de preterición no intencional del descendiente que no lo sea del supérstite —mejor sería decir del fiduciario o delegado, pues ya se ha visto que el cónyuge supérstite puede ser otro—. Por lo tanto, no cabe duda que la concurrencia de descendencia común del delegante y delegado con quienes lo sean sólo del primero puede, desde el punto de vista práctico, complicar el supuesto. En todo caso y aún cuando resulte obvio decirlo, la coexistencia de hijos comunes y no comunes no impide el ejercicio de la delegación, pero no cabe hacerlo sino a favor de los que sean comunes. En definitiva, tras la Ley 41/2003, la nueva redacción del artículo 831 CC finaliza la polémica de los posibles beneficiarios de la facultad de mejorar del artículo 831 CC ya que expresamente establece que serán «los hijos y descendientes comunes» del otorgante de la facultad o de su cónyuge o pareja de hecho a quien se confiere. En esta expresión se incluyen los hijos comunes, los nietos y demás descendientes comunes, vivan o no sus descendientes intermedios. En definitiva, los beneficiarios de la facultad de mejorar del artículo 831 CC tienen que ser hijos o descendientes comunes, estos últimos, sean legitimarios o no del causante (nietos viviendo los hijos). Por otro lado, después de las reformas al Código civil llevadas a cabo por las Leyes de 13 de mayo 1981 y de 11 de noviembre de 1987, quedan incluidos en la expresión «hijos comunes», los matrimoniales, los no matrimoniales, así, como los adoptados por los dos cónyuges o por uno, cuando el adoptado sea hijo

del cónyuge del adoptante (art. 178 C.c.). Incluso en los casos de adopción internacional, cuando el país del menor no admita la adopción tal como está regulada en el Derecho español, en estas situaciones se aplicarán las normas de la antigua adopción plena. En este sentido, los artículos 25 y 26 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional, marcan de forma nítida los requisitos necesarios para que esas adopciones hechas conforme a normas extranjeras, puedan cumplir su función en España, a los efectos de las exigencias del orden público. En el caso de los hijos habidos con técnicas de reproducción asistida aunque el material genético utilizado no sea el de ambos progenitores, con que se reúnan los requisitos para establecer la filiación ya es suficiente.

Con esta redacción de 2003, no obstante, se albergaba la duda de si era posible mejorar, no sólo a los hijos sino también a los descendientes. La doctrina (VALLET DE GOYTISOLO, CASTAN TOBEÑAS, SANCHEZ ROMAN, LACRUZ BERDEJO, ALVAREZ MORENO⁶⁸) era prácticamente unánime en cuanto a admitir la posibilidad de mejorar a los nietos en el caso en que hubiera fallecido su progenitor, pero las discrepancias se planteaban ante la posibilidad o no de mejorarlos viviendo éste. A nuestro juicio, actualmente, con las facultades de mejorar consagradas en los artículos 823 y 824, es posible que el fiduciario mejore a los descendientes ulteriores incluso existiendo hijos legitimarios de primer grado, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa limitando el grupo de beneficiarios, excluyendo por ejemplo a alguno de los descendientes, o a un grupo de ellos o un grado entero de descendientes. (Por ejemplo, los de primer grado, o los de segundo u otro). Pero si no hubo disposición especial del causante, todos los hijos y descendientes son susceptibles de recibir atribuciones del facultado para mejorar y distribuir, naturalmente con independencia de su filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva. En consecuencia, entendemos que la delegación permite al fiduciario el mismo ámbito de

⁶⁸VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Toma X-Vol 2 (pag 403 s.s.)

CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil español Comisión Foral. Tomo VI. Volumen 2º – Editorial Reus – 1979 y la última de 1994 – 12ª edición ISBN: 139788429013375. (590, 591 y 592 refiriendose a los posibles mejorados).

SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla y el Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Estudio tipográfico “Sucesiones de Ribadeneyra” Tomos IV y VI Madrid 1910. (pag. 1156 y s.s.).

LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil” Tomo V. Sucesiones 2ª Edición 2004 4ª Edición de Editorial Dykinson S.L. ISBN 9788498497311 AÑO 2009.

ALVAREZ MORENO, M.T. “La mejora a favor de los nietos”. Madrid 2003. (pag. 86).

actuación que al causante, y es evidente que como el causante pudo mejorar a los nietos viviendo los hijos, el fiduciario podrá hacerlo igualmente, salvo que lo prohíba expresamente el causante es su testamento.

En contra de esta posibilidad se pronunciaba CANO MARTÍNEZ DE VELASCO⁶⁹ y se justificaba diciendo que era esperpéntico plantearse una mejora ordenada por el delegado a favor de un nieto con merma de la legítima amplia de los hijos comunes. Seguidor de este sentido es ALPAÑES⁷⁰ cuando afirma que el artículo 831 «sólo se refiere a hijos comunes con omisión de los nietos» y que la omisión «obedece a una idea cierta de exclusión de los nietos».

En otro orden de cosas, también nos cuestionamos el alcance de las amplias facultades que defendemos del fiduciario sobre la intangibilidad de la legítima estricta: por ejemplo, ¿puede el fiduciario crear un fideicomiso a favor del discapacitado sobre el tercio de legítima estricta? si es así, ¿cualquier fideicomiso, incluido el de residuo o este último no? Sin perjuicio de que trataremos esta interesante cuestión en el último capítulo (XV), anticiparemos que nuestro juicio se acerca a la posibilidad siempre que haya sido autorizada por el causante en el testamento.

No obstante, la mayoría de la doctrina mas autorizada admitía la posibilidad de mejorar a los descendientes no legitimarios. Así, VALLET DE GOYTISOLO⁷¹ apoyó su razonamiento en la interpretación de la general inclusión, en materia sucesoria, de los descendientes de ulterior grado en la palabra hijos. Además era el criterio general de las legislaciones forales, de las cuales fue importado el artículo 831 CC; porque el artículo no ha pensado en alterar los principios relativos a las personas que pueden ser mejoradas y resulta manifiesta la intención del legislador de que el cónyuge que

⁶⁹CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I. “La mejora”. Barcelona 2003 (Op. Cit. pag 82 s.s.)Dice este autor que «en tema de mejora el Código civil es contradictorio en orden a la posibilidad de mejorar a descendientes no legitimarlos, pues cuando se refiere a descendientes mejorables, hace dudar si, para ser mejorados, tienen que ser herederos forzosos en concreto en esa herencia que se abre.... En todo caso y para el régimen del artículo 831 CC, procede afirmar que, incluso no habiendo hijos comunes en el momento de practicar la distribución de los bienes y no habiendo previsto expresamente el causante en la delegación que se distribuyera y mejorara en tal caso a los nietos, éstos no podrán recibir nada por este concepto. El carácter excepcional de la delegación de facultades dispositivas de orden sucesorio así lo exige, pues lleva a una interpretación restrictiva del uso de las facultades delegadas. Por ello, y siguiendo el razonamiento de que los nietos nada obtendrán por la vía del artículo 831 aun faltando los hijos, menos aún cabe que lo consigan si éstos viven; de modo que es esperpéntico plantearse siquiera la posibilidad de una mejora ordenada por el cónyuge sobreviviente delegado a favor de un nieto con merma de la legítima de los hijos comunes, entre los únicos que puede distribuir los bienes y hacer con ellos las mejoras».

⁷⁰ALPAÑES, E. “La Delegación de la facultad de mejorar.”. R. Legislación y Jurisprudencia. Segunda Epoca. Tomo XXIV, 1953 (pag 321 y 322).

⁷¹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Toma X-Vol 2 (Op. Cit. pag 403 s.s.).

sobreviva sustituya al premuerto en todo en su facultad de mejorar. Es que este es el fundamento de la última reforma del precepto: el fiduciario puede hacer lo mismo que podría hacer el testador. El 831 CC no lo limita y no hay nada que se oponga a esa interpretación. En conclusión, aunque en la redacción anterior (tanto la reforma de 13 de mayo de 1981 como en la redacción originaria de 1889) se hablaba solamente de hijos comunes, también se suscitó el problema de si se entendían incluidos los demás descendientes que no fuesen hijos, incluso en vida de los hijos legitimarios (v.gt nieto en vida del padre o madre legitimario).

Actualmente, la redacción del artículo 831 CC en vigor, de 2003, viene a corroborar lo que ya la histórica doctrina mayoritaria venía admitiendo en la interpretación de esa redacción anterior, ya que habla expresamente de hijos o descendientes.

Ya hemos estudiado en los presupuestos de hecho, el alcance del término hijos comunes, así como la extensión a los nietos y otros descendientes. Un sector de la doctrina se inclinó por entender que eran solo los hijos, dado lo excepcional del precepto, (la excepcionalidad es que pueda hacer algo reservado al testador, pero una vez que lo permite ya no es excepcional que pueda hacer todo lo que el testador podría hacer y no limite) mientras que otros estimaron que eran los hijos y descendientes, pues se trataba de una excepción a la delegación de la facultad de mejorar, siendo así que eran mejorables los hijos y también los demás descendientes aunque no fuesen legitimarios.

Para SEDA HERMOSÍN⁷², son los beneficiarios, si bien es cierto, que puede ocurrir que solo alguno o algunos de ellos fueren los beneficiarios, quedando los demás exclusivamente como requisito o presupuesto de hecho. Son forzosamente los hijos o descendientes comunes del disponente y del fiduciario. En la redacción anterior, incluso la de 13 de mayo de 1981, ya hemos dicho que se hablaba solamente de hijos comunes, lo que suscitó el problema de si se entendían incluidos los demás descendientes que no fuesen hijos, incluso en vida de los hijos legitimarios (v.gt nieto en vida del padre o madre legitimario). Un sector de la doctrina se inclinó por entender que eran solo los hijos, dado lo excepcional del precepto, mientras que otros estimaron que eran los hijos y descendientes, pues se trataba de una excepción a la delegación de la facultad de mejorar, siendo así que eran mejorables los hijos y también los demás descendientes aunque no fuesen legitimarios.

⁷²SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 271 y s.s.)

La redacción de 2003, en principio y solo aparentemente resuelve el problema, pues habla de realizar disposiciones a favor de los hijos y descendientes comunes. Pero no aclara si puede realizarse a favor de los descendientes en vida de los hijos, lo que sería incorporar a los *concepturus*. A nuestro juicio, en aras de una interpretación extensiva del precepto, entendemos que puede ejercitarse esta facultad por el cónyuge supérstite a favor, no solo de los hijos comunes, sino también de los descendientes de estos que hubieren nacido con posterioridad al fallecimiento del causante, con el mismo espíritu que informa las sustituciones fideicomisarias, que son evidente excepción a la regla general de capacidad para suceder y facilitan el llamamiento al *concepturus*. El mismo SEDA HERMOSÍN⁷³, como ya recogimos en la parte de los presupuestos de hecho, hace una relación de los posibles casos en que nos podemos encontrar: 1.- Respecto de los nietos, hijos de un hijo premuerto al testador, pues son legitimarios directos (sustitución legitimaria, ex artículo 814 del Código Civil). 2.- Respecto de los nietos, hijos de un hijo que muere después del testador, pues acceden a la herencia del testador concedente (abuelo) bien por derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, bien por haber heredado previamente a su progenitor heredero del concedente. 3.- Respecto de los nietos, cuando no hubiere hijos. 4.- Respecto de los nietos a los que el testador haya instituido como herederos o legatarios en su testamento, bien en el tercio de libre disposición, bien en el de mejora. 5.- Más discutible es si puede el fiduciario beneficiar a un nieto no instituido en el testamento del concedente, en vida de su progenitor, o sea no siendo legitimario. A favor de su inclusión, puede argumentarse que si puede mejorarse a los nietos no legitimarios, en vida de su progenitor no legitimario, también puede verse favorecido por esta institución que entronca con la mejora. Sin embargo entendemos que esta institución tiene como límite el respeto a las disposiciones del testador. Realmente, lo que no se puede hacer es contrariar lo dispuesto por el testador, pero si él no mejoró, el fiduciario sí puede mejorar dentro del ámbito en que la ley permite mejorar a un testador, No hace falta que expresamente se lo permita. Así por ejemplo, si este concede la facultad y el fiduciario comprueba que los hijos son malos administradores y malbaratarán lo que reciban, ¿Por qué no, conforme podría haber hecho el testador, el fiduciario no puede mejorar a nietos viviendo los hijos, cuando le han concedido la facultad de mejorar sin limitaciones, pues será dicha facultad en su totalidad?⁷⁴ Y si el testador no instituyó

⁷³SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad de fiducia sucesoria..." (Op. Cit. en nota anterior, pag 272 y s.s.)

⁷⁴SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad..." (Op. Cit. nota anterior, pagg. 272)

heredero o legatario en su testamento al nieto no legitimario, no puede el cónyuge fiduciario otorgarle beneficio en una sucesión a la que no fue llamado. Si bien siempre estará la duda de que aunque no fue llamado como legitimario, si puede ser como mejorado; y si se reserva la facultad de mejorar al cónyuge viudo, lo lógico es que él decida qué hacer. Se exceptúa, lógicamente, el caso en que sin llamamiento directo, el testador deja sin embargo al cónyuge fiduciario la posibilidad de beneficiar al nieto no llamado.

Si hay un solo hijo común, (el precepto utiliza el plural “... hijos ó descendientes comunes ...”) no hay posibilidad de ejercer esa facultad, salvo que aceptemos la posibilidad de mejoras a favor de nietos ó descendientes de ulterior grado, ó incluso nacederos; en el primer caso es cuestionable la posibilidad de mejora de descendientes habiendo hijos legitimarios intermedios vivos; es la primera cuestión referente a los hijos ó descendientes: la de si pueden ser mejorados nietos cuyos padres legitimarios viven. Esto no es un requisito; forma parte del ejercicio del encargo ó facultad de mejorar y en su análisis lo veremos detenidamente en otro capítulo.

En el segundo caso depende de la admisión del establecimiento a favor de esos descendientes (incluso nacederos) de sustituciones fideicomisarias conforme el 781 C.c. dentro de los límites del mismo y de los impuestos por el 785 como posteriormente veremos. Es por eso, que seguimos sosteniendo la interpretación extensiva a favor de los *concepturus*.

En las regulaciones de los derechos forales hay que distinguir, dos grupos. Por un lado, aquellos en los que se permite nombrar fiduciario a cualquier persona, sin expresa referencia al cónyuge, o pareja de hecho, como fiduciario y por otro aquellos en los que o bien se limita a ellos o bien se establece para ese supuesto una regulación especial. En los primeros la potestad que se les confiere no limita tampoco a las personas a las que el fiduciario puede beneficiar.

Realmente, de todas las legislaciones forales, únicamente la de Navarra carece de referencia al cónyuge como fiduciario para diferenciarlo del resto. Esto es así porque la legislación foral de Navarra regula con detalle y tradición la herencia de confianza, que concede amplitud de facultades al heredero de confianza, incluso la de designación de herederos definitivos y legatarios efectivos, que evidentemente prohíbe la legislación común y por lo tanto, la fiducia del 831 CC, que nos ocupa, está muy lejos de las enormes potestades del heredero de confianza. Así pues, no es de extrañar que al legislador navarro, no haya preocupado mucho la regulación de una fiducia menor (en

comparación con la herencia de confianza). No obstante, la ley 281 del Fuero Nuevo únicamente habla de la posibilidad de nombrar un fiduciario-comisario en el que se puede delegar la facultad de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente Título. Esa delegación puede conferirse al cónyuge u otras personas individuales, conjunta o subsidiariamente. Como vemos, al no hacer distinción entre los posibles fiduciarios tampoco se limita las personas que pueden beneficiarse con su designación. En parecido sentido, como veremos, ocurre en Cataluña, donde también existe la herencia de confianza, aunque de menos tradición que la de Navarra.

En Aragón, el nombramiento de fiduciario, según hemos visto, también puede recaer en cualquier persona, pero el artículo 461 establece límites para los beneficiarios: *<<1. En los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento, la elección deberá efectuarse por el cónyuge sobreviviente, y, en su defecto o cuando éste hubiere fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al artículo 459. La elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y, en su defecto, en uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado>>*. Lo que recoge la esencia del antiguo artículo 146 de la Ley de Sucesiones por causa de la muerte en Aragón: *«Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante»*. También el artículo 146 establece una limitación en el nombramiento para el supuesto en que la casa o el patrimonio deban deferirse a un solo heredero, en este caso la elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y en su defecto, en uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado. Como vemos la ley no hace diferencias entre los hijos y los demás descendientes ni tampoco importa, para la aplicación de esta norma, quién haya sido nombrado fiduciario.

En la legislación del País Vasco la denominación de comisario puede recaer también en cualquier persona y a ella se le encomienda la designación de sucesor, distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria de los mismos. Pero se contienen algunas diferencias para el supuesto en que el designado comisario sea el cónyuge. En este caso y si hace uso de su

poder en su propio testamento sólo podrá disponer en favor de los hijos y descendientes comunes (art. 46). Esta limitación en la designación de sucesor se impone sólo al cónyuge y sólo para el caso de que ejerza su facultad en testamento. En cualquier caso, se refiere a hijos y descendientes comunes.

En Cataluña, en que la delegación se hace entre cónyuges, el artículo 424.1 del Código Civil de Cataluña establece: << *El testador puede instituir heredero al descendiente que su cónyuge o conviviente en pareja estable superviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes, aunque viva su ascendiente, o puede instituirlos en las partes iguales o desiguales que el cónyuge o conviviente superviviente estime convenientes*>>, así que en definitiva, se puede instituir heredero a cualquiera de los hijos comunes y sus descendientes aunque viva su ascendiente. En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, establece en su artículo 197: << *Podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán*>>. Está claro el llamamiento a hijos o descendientes.

En cuanto a las Islas Baleares, la Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares establece que en Ibiza y Formentera, según la literalidad de la ley, la designación será entre los hijos comunes y en Mallorca, que la designación de fiduciario recae en el instituido heredero, podrá éste distribuir los bienes del causante entre los parientes del comitente o del propio distribuidor.

Como vemos, en todos los casos en los que la fiducia se establece entre los cónyuges o los miembros de una pareja de hecho, se hace para llevar a cabo la distribución de la herencia entre los hijos y descendientes comunes, incluso en algunos casos de libertad de nombramiento de fiduciario se tiene en cuenta la existencia de hijos del causante a los efectos de esa distribución. Se da, por tanto, una coincidencia prácticamente total en todas las legislaciones forales, coincidiendo, además, con lo que se manifiesta como principal finalidad de la norma.

La existencia de hijos no comunes al tiempo de testar o de abrirse la sucesión del testador, no priva a este de la facultad de delegar, ni al fiduciario de ejecutar la fiducia, puesto que está protegido el régimen legitimario de los descendientes no comunes en el apartado 4º del 831 CC, siempre que lleguen a existir posteriormente descendientes comunes, que como hemos visto es un presupuesto necesario para la existencia de la

fiducia.

Distinto efecto produce la existencia de hijos no comunes, que se tienen por el fiduciario después del fallecimiento del causante o antes, ignorándolo este. En estos casos, el apartado 5º del 831 CC, como hemos analizado, le hace perder las facultades delegadas. Todo esto, salvo disposición especial del testador en contrario.

Por último, en el caso de coexistir hijos comunes y no comunes, el ejercicio de las facultades fiduciarias solo puede ejercitarse con los primeros, que además, son sucesores del causante que confirió la fiducia, pero no aún del fiduciario, porque está vivo.

Se plantea el problema (MILLAN SALAS⁷⁵) de si es posible ejercitar la facultad cuando el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente tenga hijos no comunes de una relación de hecho o matrimonial anterior, o el que los tenga sea el cónyuge o pareja de hecho otorgante de la facultad. Si el supérstite tiene hijos no comunes de una relación anterior, no hay ningún inconveniente para ejercitar la facultad conferida, estos hijos no comunes no concurrirán con sus medios hermanos en cuanto no son herederos del causante sino del fiduciario; se trata de una relación anterior a la que ha tenido con el otorgante de la facultad, no de una relación posterior, pues este último caso sí que sería una causa de extinción de la facultad; por lo tanto no son hijos del otorgante de la facultad ni llamados a su sucesión. Además, estos hijos no comunes eran conocidos por el causante (ya que si no se conocían sí pueden impedirlo) y no impiden el ejercicio de la fiducia, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa (art. 831.5 CC). Si es el cónyuge o pareja de hecho otorgante de la facultad el que tiene hijos no comunes de una relación de hecho o matrimonial anterior, tampoco se invalidará la facultad concedida al supérstite. Estos hijos son tan herederos como los hijos comunes, pero quedan fuera de la aplicación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC. Ellos recibirán lo que por legítima les corresponda y lo que el causante hubiera dispuesto a su favor, y además tienen su protección específica en otro apartado del art. 831 CC.

Otro asunto por el que cabe preguntarse es si se puede ejercer la facultad si sólo queda un hijo común. El artículo 831CC en su redacción anterior a la Ley 41/2003 establecía que los beneficiarios de la facultad de mejorar tenían que ser «hijos comunes». Se decía que si sólo quedaba un único hijo común no se podía ejercer la

⁷⁵MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 417 y 418).

facultad. Tras la Ley 41/2003, el artículo 831 habla en plural de «hijos o descendientes comunes», de tal manera que si sólo queda un hijo o un descendiente común no es posible ejercer la facultad; en cambio, si al menos hay un hijo y un descendiente de ulterior grado comunes se puede ejercer la facultad de mejorar en cuanto que hay pluralidad de sujetos posibles beneficiarios de la facultad de mejorar, ya que se puede mejorar tanto a los hijos comunes como a los descendientes comunes de ulterior grado, vivan o no sus descendientes intermedios. VALLET DE GOYTISOLO⁷⁶, va aún más lejos al afirmar que: “realmente cabe ejercitarla si puede usarse a favor de los nietos u otros descendientes de ulterior grado, e incluso nacederos, puesto que es posible establecer a favor de éstos sustituciones fideicomisarias, conforme al artículo 782, inciso 2º, dentro de los límites fijados en los artículos 781 y 785”

12.- CAPACIDAD DE LOS BENEFICIARIOS

Tienen que tener la capacidad ordinaria para suceder, pero con la particularidad de que al igual que ocurre con las sustituciones fideicomisarias, constituye una excepción a la necesidad de que los herederos vivan al tiempo de la apertura de la sucesión, lo que supone una forma de llamar a la sucesión al no concebido (*concepturus*). La regla general de artículo 745 CC se suaviza con la interpretación del 750 y del 781, ambos del CC, lo que supondría que tendría que ser a favor de descendientes que vivan al fallecimiento del testador o que no pasen del segundo grado.

Puesto que ninguna cortapisa se establece al respecto, los hijos podrán ser tanto biológicos como adoptivos (con la particularidad dicha respecto a la adopción internacional). También los concebidos e incluso, según algunos, los no concebidos. Si alguno de ellos estuviese incapacitado se aplicarán las normas generales sobre representación legal, las cuales en la mayor parte de los casos convertirán en representante precisamente al facultado por el 831 CC.

La cuestión es si el fiduciario podrá mejorar o favorecer a los hijos o nietos que hayan incurrido en indignidad o desheredación expresa del testador. En principio, con el texto del 831 CC, de la misma forma que el fiduciario no puede nombrar herederos, lo que corresponde exclusivamente al testador; en ese sentido no puede tampoco ni anular la desheredación expresa hecha por el testador, ni hacer desheredación de un legitimario respecto de su legítima. El argumento del artículo 849 CC que exige una

⁷⁶VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentarios al 1056” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. (Op. Cit. Pág. 156 y s.s.).

expresión clara de la desheredación y la causa en que se funde, no permite su realización por persona que no sea el testador. Entiende ALBALADEJO GARCÍA⁷⁷ que tratándose de hijos, podrán ser favorecidos por el delegado incluso si éstos han incurrido en indignidad o desheredación.

Ahora bien, en el caso de la desheredación, a juicio de GARCIA RUBIO⁷⁸, la afirmación del autor citado debe ser, cuando menos, matizada, pues de conformidad con el artículo 849 del CC “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa en que se funde...*” Suponiendo que, efectivamente, uno de los hijos comunes a incurrido en causa de desheredación, si el causante no la había hecho valer, la causa no produce efecto alguno, pues como hemos sostenido, el fiduciario o el facultado por el 831 CC no puede —en su propio testamento— desheredar a un hijo común respecto de la herencia del premuerto; por el contrario, si el causante había hecho valer en testamento la causa de desheredación y en el mismo acto o en otro posterior encomienda la fiducia, salvando siempre que no sea otra la voluntad del testador, el descendiente común ha de entenderse desheredado y nada podrá hacer en contrario el fiduciario, ya que en este caso la disposición testamentaria de desheredación constituye uno de los límites a las facultades delegadas, según lo establecido por propio precepto.

En conclusión, respecto del perdón o reconciliación, el respeto de la voluntad del causante manifestada en testamento, se revela en el artículo 856 CC por el que la reconciliación entre el desheredado y el causante no puede ser modificada por el fiduciario, ya que el 856 CC dice la reconciliación posterior con el ofendido y ese no es el fiduciario sino el causante, y se trata de una facultad personalísima y por ello indelegable; en el 831 CC en su apartado 3º, del que se deduce la necesidad del respeto a las disposiciones del causante a favor de los hijos y descendientes comunes y no comunes; y en el apartado 4º del 831 CC, del que resulta que no se verá alterado el régimen de las legítimas y demás disposiciones del causante. Pero cabe la excepción de que el mismo testador haya dejado la subsistencia de la desheredación a la valoración del fiduciario, lo que con instrucciones precisas es aceptable.

La indignidad del heredero. Las causas surten sus efectos al margen de los deseos del

⁷⁷ALBALADEJO GARCÍA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. RDP, 2005 (nº 69) (Pág. 6 y s.s.)

⁷⁸GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 75 y 76).

fiduciario. Tan solo la remisión hecha exclusivamente por el causante puede dejar sin efecto la indignidad. La aplicación del 757 CC es clara, de manera que las causas de indignidad solo dejan de surtir efecto si el testador las conocía –el texto menciona solo y expresamente el testador, y no el fiduciario- al tiempo de hacer el testamento o habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Por su parte, si alguno de los descendientes comunes se hallaba incurso en causa de indignidad y el causante lo había rehabilitado por cualquiera de las vías previstas en el artículo 757 CC, pocas dudas caben sobre la posibilidad de que el facultado por el 831 CC lo incluya en el círculo de favorecidos; muchas más suscita la posibilidad, bastante improbable, de que sea el otro progenitor, facultado en virtud del 831 CC, el que pueda rehabilitar al indigno, no solo porque el mencionado 757 CC se refiere exclusivamente al testador, sino también porque la remisión de la declaración privada que significa la rehabilitación constituye una declaración de voluntad personalísima y no delegable.

En consecuencia, el fiduciario no puede desheredar ni tampoco rehabilitar al indigno.

CONCLUSIONES

1.- Respecto del ordenante o concedente. El sujeto activo y causante de la fiducia es necesariamente un testador que por lo tanto lo hace de forma voluntaria y unilateral. No es preciso que sea unilateral ni mucho menos recíproca y es esencialmente revocable.

2.- Es determinante la vecindad civil del testador por cuanto marcará la ley que rijan la sucesión por causa de la muerte; por lo tanto, marcará la normativa a la que haya de someterse el nombramiento del fiduciario, esto es la vecindad civil común, puesto que del 831 CC se trata. El cambio de vecindad civil tras el otorgamiento del testamento, no perjudicará la fiducia delegada conforme la vecindad al tiempo del otorgamiento.

3.- La capacidad del causante será la que sea suficiente para testar y su pérdida posterior al otorgamiento del testamento no afectará a la fiducia. En definitiva, la capacidad va ligada al momento del otorgamiento del testamento que la causó, y se le exigirá en ese momento de otorgamiento en el que designó fiduciario.

Esto cuestiona la eficacia del testamento ológrafo como vehículo hábil para la designación del delegado, por causa de la falta de control de la capacidad del testador al no intervenir funcionario público o testigos legales que garanticen que este requisito se cumple, lo que hace que sea un documento poco adecuado para esta institución. Si bien quedarán a salvo siempre para los perjudicados, las acciones de nulidad que

correspondan.

4.- La situación de engendrar un hijo común, por sí sola, no reúne los requisitos necesarios para la concesión de la delegación, ya que falta la relación de confianza y convivencia en común.

5.- El fiduciario-delegado debe tener plena capacidad de obrar y además capacidad para suceder, según se trate de los momentos del iter de la fiducia. Debe tener capacidad para suceder en el momento de la apertura de la sucesión con respecto a su causante; y capacidad de obrar y libre disposición en cada uno de los actos de ejecución de la fiducia.

6.-El progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes no puede usar la facultad de fiducia sucesoria, por ser su situación contraria a la esencia de la institución. No obstante, no toda pérdida es suspensión, ni de la titularidad ni del ejercicio, ya que la persona que por una enfermedad o accidente se ve imposibilitada durante un tiempo del ejercicio de la patria potestad, no pierde por esto ninguna confianza.

Si el cónyuge supérstite ha sido desheredado justamente ó declarado indigno, carecerá de las cualidades imprescindibles para el ejercicio de la facultad conferida; igualmente precisará capacidad de obrar para el acto de que se trate.

7.- El delegado no precisa aceptar la delegación de forma expresa, aunque puede hacerlo. Pero se entiende aceptada tácitamente con la primera actuación que haya realizado en orden a actuar como administrador único del patrimonio del causante, mejorar, partir, distribuir o adjudicar algún bien. La doctrina autorizada no admite la *interrogatio* o la *interpellatio in iure* al fiduciario para que acepte o renuncie. Pero nosotros, entendemos, que en determinados casos de urgencia, necesidad y situaciones de conservación del patrimonio hereditario debido la especial naturaleza del mismo – por ejemplo, empresarial-, se puede admitir que por economía y agilidad, esta *interrogatio* se produzca.

8.- Las personas entre las que el fiduciario podrá distribuir la herencia del causante, son los hijos y descendientes comunes o ambos, incluso viviendo los hijos intermedios del causante, padres de otros descendientes mejorados.

Incluso consideramos que podrán ser mejorados –si el testador así lo establece- los descendientes nacidos con posterioridad al fallecimiento del causante, lo que hace participar a esta figura de la naturaleza y contenido de las sustituciones fideicomisarias y por lo tanto con sus límites.

9.- La capacidad de los beneficiarios, que son los hijos y descendientes comunes, es la ordinaria para suceder, pero con la matización de que podrán ser llamados los descendientes comunes aun no concebidos con los límites de las sustituciones fideicomisarias.

Si hubiere incapacitados, se aplicarán las normas generales sobre representación legal, de forma que en determinadas ocasiones la representación recaerá sobre el propio fiduciario.

10.- La facultad de desheredar corresponderá exclusivamente al causante-testador y en este sentido, el fiduciario no podrá hacer desheredaciones de un legitimario respecto de su legítima ni tampoco anular las desheredaciones hechas por el testador.

No obstante, si el testador que desheredó a su hijo, no hizo valer en el testamento la causa de la desheredación, el fiduciario podrá también no hacerla valer, con lo que no producirá efecto alguno y en consecuencia podrá hacer disposiciones a favor del mismo. Si por el contrario, el causante había hecho valer en el testamento la causa de desheredación, el descendiente común ha de entenderse desheredado y nada podrá hacer en contrario el fiduciario. Siempre quedará a salvo, que otra fuera la voluntad del testador manifestada en el testamento.

El perdón o reconciliación realizadas por el testador o celebradas entre el testador y el hijo o descendiente perdonado, no podrán ser modificados por el fiduciario, ya que se trata de una facultad personalísima y por ello indelegable. No obstante, cabe por excepción, que el testador haya dejado expresamente la subsistencia de la desheredación a la valoración del fiduciario, lo que exigirá unas instrucciones expresas y precisas al respecto.

11.- El fiduciario no puede desheredar ni rehabilitar al indigno. Las causas de indignidad son legales, por lo que producen sus efectos con independencia de la decisión del fiduciario y en relación exclusivamente al conocimiento de ellas que tuviese el testador. Por lo tanto, si existía una causa de indignidad y el testador había rehabilitado al indigno, no será modificada la situación por la fiducia. Si se incurrió en indignidad y no hubo rehabilitación por el testador, no cabrá tampoco que lo haga el fiduciario puesto que de una facultad personalísima se trata.

CAPITULO DECIMO (X).- LAS FACULTADES DEL CÓNYUGE SUPERSTITE: SU CONTENIDO.

LAS FACULTADES DEL CONYUGE SUPERSTITE: SU CONTENIDO

1. ALCANCE DE LA NORMA. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA FUNCION DEL FIDUCIARIO.

Como ya hemos contemplado, las distintas reformas han ido detallando y ampliando las facultades para el ejercicio de la delegación; y por fin, la última reforma de 18 de Noviembre de 2.003 ha llegado a ser casi exhaustiva en su recogida de actuaciones que puede realizar el supérstite. Dice el precepto «... *pueda realizar a favor de los hijos ó descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté por liquidar*».

Para MARTIN PEREZ¹, la Ley 41/2003 realizó una profunda modificación de la figura, otorgando al precepto una extensión que contrasta con su escasa aplicación en la práctica. Hasta ese momento no se habían conocido prácticamente pronunciamientos jurisprudenciales. Con la nueva redacción, se intentó fomentar la utilización de la figura mediante una ampliación de las facultades de la delegación en el cónyuge y además se faculta también la delegación en el otro progenitor cuando no están casados los sujetos de fiducia, de forma que se favorezca la distribución por el cónyuge supérstite de la herencia entre los hijos comunes. El contenido de la delegación está determinado, en primer lugar, por la voluntad lícita del testador, que puede encomendar todas o alguna de las facultades enumeradas en el precepto: realizar la partición, atribuir bienes o mejorar a alguno de los hijos o descendientes. A falta de disposición expresa sobre su contenido, le corresponderá al favorecido por la delegación, la facultad de distribuir los

¹MARTIN PEREZ, J. A. “La delegación de la facultad de distribuir la herencia como instrumento favorecedor de los discapacitados en la sucesión” (en la obra << Discapacidad, dependencia y Derecho>> (DER 2009-13095) (Pag 271 y s.s.).

bienes del causante, incluso los bienes comunes, realizando una verdadera partición sometida a las mismas exigencias que si fuera realizada por el causante. Es decir, se le aplica el art 1056 CC y no está sujeto al 1061 CC.

La mejora que puede realizar con los bienes del delegante, podrá extenderse, salvo disposición especial del testamento, no sólo al tercio de mejora sino también al tercio de libre disposición, e incluso puede atribuir la empresa familiar en los términos del art. 1056.2 CC., con lo que el campo de ese precepto, cuya modificación había sido la gran innovación unos meses antes, queda superado por la reforma del 831 CC. En definitiva, puede ser considerado este artículo 831 CC en su nueva redacción de 2003, como un auténtico supuesto de fiducia sucesoria que supone una excepción al carácter personalísimo de los negocios de última voluntad, y a disposiciones como el art. 1057.1 CC. Así pues, las posibilidades van mucho más allá del simple aplazamiento de la división que recoge el art. 1051 CC (en caso de prohibición por el testador). En su ejecución, el fiduciario habrá de respetar las disposiciones del causante y la legítima estricta, con la particularidad de que ambas se consideran respetadas cuando resulten suficientemente satisfechas aunque lo hayan sido con bienes pertenecientes en exclusiva al fiduciario o con bienes comunes de los dos.

Téngase en cuenta que tras la reforma de 2003, también se puede constituir el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta del art 808 CC, en virtud de artículo 782 CC siempre y cuando lo sea en beneficio de los intereses de los incapacitados descendientes del testador, de forma que sea fiduciario de sus hermanos o sobrinos capaces, que serán fideicomisarios. Veremos todo esto detenidamente más adelante (capítulo XIV).

En definitiva, el legislador ha introducido una reforma cualitativa que afecta a la base de las legítimas: el permitir que se satisfagan con bienes pertenecientes al cónyuge que ejercite las facultades, lo que, unido al hecho de que pueden distribuirse igualmente bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, supone admitir la posibilidad de que la legítima pueda satisfacerse con bienes extra hereditarios. Aquí, obviamente sólo se está refiriendo a matrimonio y no a parejas de hecho, ya que estas no tienen régimen económico matrimonial alguno. Ahora bien, como en las parejas de hecho es posible que los integrantes tengan acuerdos económicos en el ámbito del art 1255 CC, podría entenderse que si en esos pactos hay una similitud con los gananciales les sería aplicable lo dispuesto en el 831 CC. Pero lo único efectivo es que en el texto del 831 CC se

equipara a las parejas de hecho, a efectos de la fiducia, con los matrimonios. (Téngase en cuenta que el 831.6 CC dice que los párrafos precedentes se aplicarán a las parejas de hecho).

Además, en cumplimiento de la libertad de pactos y acuerdos económicos en virtud del artículo 1255 CC, si el testador así lo autorizó, a mi juicio, también sería posible que el supérstite de la pareja de hecho, pague los derechos de los legitimarios con cualesquiera bienes de la herencia o incluso con caudal extra hereditario, y por lo tanto con bienes propios del supérstite por su justo valor.

Respecto a la situación de la herencia durante la pendencia de la delegación, la RDGRN de 18 de diciembre de 1916 había resuelto que el cónyuge viudo sobre quien recaía la facultad de mejorar o distribuir los bienes, no tenía ninguna titularidad sobre tales bienes, que pertenecían colectivamente a los hijos comunes, aunque la porción abstracta de cada uno de éstos estaba sometida «a la potestad conferida a la viuda de distribuir los bienes como mejor le plazca». Con la redacción del precepto tras la reforma de 2003, se aclaró que al cónyuge le corresponderá «la administración de los bienes sobre los que penden las facultades». La cuestión es si el cónyuge delegante puede establecer una compensación económica al fiduciario por su labor de administración. La respuesta debe ser afirmativa, pues quien puede los más puede lo menos. Aunque no es absolutamente claro, porque una compensación económica excesiva podría entenderse un menoscabo y perjuicio de la legítima de los hijos conformada de una forma indirecta. No obstante seguiremos en la opinión de la posibilidad de compensación ya que el contrato de mandato puede ser gratuito o retribuido e incluso la retribución puede exceder de los gastos estrictos de la gestión. En cualquier caso, creemos que la compensación debe ser ajustada al patrimonio sin que exceda de la costumbre y buen uso ordinario de la familia, y desde luego, nunca de carácter arbitrario y a conveniencia del fiduciario; y sin sobrepasar las necesidades de una prudente administración. Es posible que solamente lo que correspondería pagar a un administrador por esa misma labor. En conclusión, hasta que se señalen las cuotas de participación de cada descendiente tiene lugar una situación de fiducia hereditaria, situación expectante, pues se sabe quiénes serán los sucesores pero no se conoce en qué proporción le corresponderá a cada uno de ellos, y cabe una prudente y justa retribución (veremos esta cuestión detenidamente en el capítulo XIII).

Y respecto a si los coherederos pueden enajenar su cuota o bienes concretos de la herencia, según la RDGRN de 11 de marzo de 1929, «la expectativa correspondiente a los hijos, entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge superviviente les ha de pertenecer». La STSJ País Vasco 26 noviembre 2009 —en supuesto de sucesión abierta y cuestionada unos meses antes de la reforma de 2003—, suscribe lo establecido en la Primera Instancia respecto a que las facultades otorgadas al cónyuge en los términos del art. 831 CC «son de interpretación restrictiva y, en ningún caso, asimilables a las conferidas por un poder testatorio en cuanto a su amplitud, pues para ello debería haberse otorgado un poder expreso cumpliendo las previsiones de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (arts. 32 y ss.). Además, se resalta que las facultades del art. 831 CC (en su vieja redacción de 1981) eran muy lejanas en relación con las de las del poder testatorio, como lo confirmaba el hecho de la reforma operada en el CC en 2003».

No obstante, existían más límites, pues el cónyuge viudo carecía de la facultad de realizar, por sí sólo, actos de disposición sin que previamente se hubiese liquidado la sociedad conyugal con el concurso de los descendientes comunes, y se declaraba nula la escritura por la que el cónyuge favorecido con la delegación había liquidado unilateralmente la sociedad conyugal, había «apartado» de la herencia de su esposo a sus dos hijos y donado los bienes a sus dos hijas, pues como había dicho la SAP Vizcaya de 7 de abril de 2009, el criterio «para cuantificar el poder de disposición del cónyuge no es otro que el del art. 831 CC en su redacción conforme a la Ley 11/1981, pues tal es la voluntad del testador y sus facultades legales». (En este caso, el causante al fallecer tenía la condición de aforado vizcaíno, pero había otorgado testamento como vizcaíno no aforado, por lo que se optó por limitar las facultades del cónyuge a las señaladas en el testamento, que estableció el respeto de las legítimas estrictas y no dispuso la posibilidad de apartar a alguno de sus hijos, y sin que pueda interpretarse extensivamente por entender que el causante estableció un poder testatorio). Con el vigente artículo 831 CC, desde su redacción de 2003, las facultades del fiduciario son muy superiores, ya que como analizaremos más adelante (capítulo XII), cabe la liquidación de la sociedad de gananciales en forma excepcional. Si bien a primera vista, el texto de 2003 no coincide con sus dos precedentes en lo referente al contenido de la

facultad pues mientras en éstos se mencionaba el de «*distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos...*», la nueva versión alude a «*realizar... mejoras... y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*». No obstante, como se deduce de la propia exposición de motivos de la ley, con estas últimas menciones se quiere aludir precisamente a la facultad de distribuir los bienes del difunto, con lo que la nueva y farragosa redacción del precepto no ha alterado el ámbito objetivo de las facultades del comisionado. GARCIA RUBIO, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, MILLAN SALAS...y yo mismo², hicimos notar que la referencia a los bienes de la sociedad conyugal quedaba sin sentido cuando el testador y el titular de la facultad delegada no estén casados entre sí, supuesto en el que no existe tal sociedad ni aun en el caso de que se trate de parejas de hecho, al carecer ésta en el CC de un régimen económico «pseudo-matrimonial». No obstante, en este último caso, que estudiaremos en su momento (capítulo XII), no será infrecuente que tengan bienes en común, supuesto en el que, como también se anticipó, no se ve obstáculo en estimar que la facultad también alcanza a dichos bienes. El problema es que esos bienes en comunidad romana o copropiedad ordinaria nada tienen que ver con la propiedad en mano común de los gananciales, si es que aceptamos esta naturaleza de comunidad germánica. Así pues, jurídicamente no deberíamos aceptar que esas facultades de disposición respecto de bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar, se extienda también a la de los bienes particulares del fiduciario que era pareja de hecho del causante. No obstante, a mi juicio, si puede entregar bienes de esa comunidad postganancial, creo que no hay grave inconveniente para que lo haga con los suyos propios.

En consecuencia, cuando en el ejercicio de sus funciones el fiduciario dispone de bienes del causante, está ejercitando una facultad de disposición sobre patrimonio ajeno;

²GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la 60 y s.s.).

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” Anuario de Derecho Civil – Tomo LVIII – Julio-Septiembre 2005 B.O.E. – Madrid 2006. (Pag 1115 a 1152, en especial las 1122 y s.s.)

MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (pag. 403 a 433, en especial 418 y s.s.). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1.

RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado) 2005 (nº 279) El mismo trabajo en “los patrimonios...” (En nota anterior, pag. 186).

pero a juicio de GARCIA RUBIO³, lo importante es que la norma le permite asimismo disponer de bienes comunes y también de bienes de su exclusiva propiedad. Por lo tanto, las facultades son muy amplias, hasta el punto de que ya con la redacción anterior, la interpretación del precepto realizada por algún autor⁴ estimaba que el contenido de las facultades delegadas en el viudo permitían a éste realizar todo aquello que podría hacer con su herencia el autorizante, lo cual no parece ser exactamente así, tanto por exceso, como por defecto (como argumentaremos más adelante), pues el facultado por el 831 CC no está en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste. En cualquier caso, el límite infranqueable de las «disposiciones del causante» hace que el contenido de la facultad delegada venga en primer término circunscrito por la voluntad de quien comete, lo cual significa que, como la doctrina venía admitiendo, se permite delegar la facultad de mejorar sin la de distribuir o viceversa.

2.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS FACULTADES CONFERIDAS.

El inicio del párrafo primero del precepto dice que no obstante la prohibición establecida por el artículo 830 CC de encomendar a otro la facultad de mejorar, podrán conferirse facultades al cónyuge en el testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. A pesar de que el precepto se encuentra en sede de mejora tiene un contenido que supera el tratamiento de la figura como facultad de mejorar, pues el cónyuge viudo tiene la facultad de decidir sobre la atribución de dos tercios del caudal, aunque se llame tercio de libre disposición es obvio que si el testador no ha dicho nada al respecto, y ha concedido la facultad del art 831 CC a su cónyuge, lo que este puede hacer es mejorar, pues todo lo que sobrepase la

³GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 83).

⁴GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. /Pags 372 y 373) Y en la obra “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.D. Notarial 2005(nº 53) RSN nº55 (Pág. 121-136, en especial pags. 136). Y en Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Murcia 2004 (Pág. 2029).

legítima estricta puede servir para mejorar de forma tácita. Además, el cónyuge viudo puede decidir sobre cuestiones y adjudicaciones que afectan el concepto sucesorio.

Así pues, la intervención de un tercero en la ordenación de la sucesión se puede plantear en el negocio ordenador, es decir en el momento de otorgar testamento o realizar un contrato sucesorio, en cuyo caso se habla de excepción al principio del personalismo formal. Esta excepción se produce por la irrupción de una voluntad ajena al negocio sucesorio, autorizando a una persona para que después de la muerte del causante pueda de forma indirecta designar sucesor, ya que aunque no designa el heredero, tiene facultades amplísimas de distribución y adjudicación, por lo que determina la porción de bienes en la que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante. Por lo que en consecuencia, se trata de una quiebra del principio de exigencia de personalismo material en la ordenación de la sucesión, puesto que una voluntad extraña va a ordenar la sucesión sin que formalmente intervenga en el acto ordenador.

Así pues, se trata de una fiducia limitada a la distribución, dentro de un círculo limitado de personas.

Entiendo que se trata de una delegación facultad distributiva-partitiva de los bienes del causante, basada en una relación de confianza o fiducia. La ordenación o partición, con asignación de bienes concretos, se someterá a las mismas reglas que la partición hecha por el causante y, en concreto, al artículo 1056 del Código Civil, como sostuve en su día (RUEDA ESTEBAN⁵). Se ha dicho (BLASCO GASCO⁶) que requiere como acto genérico una disposición testamentaria (o, en su momento, un pacto en capitulaciones matrimoniales, posibilidad hoy suprimida, como ya hemos visto), relativos a la sucesión del cónyuge que premuere; su contenido es fiduciario, pues contiene una delegación que abarca la posibilidad de mejorar, es decir, de atribuir porciones desiguales a los hijos comunes y la de distribuir, los bienes del difunto, implicando este segundo aspecto un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor conforme al artículo 1057 Código Civil.

Se trata de una auténtica fiducia: el viudo está investido de un poder de configuración jurídica sobre el complejo patrimonial que constituye la herencia del

⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 973) “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 174 y 175).

⁶BLASCO GASCO, F “Derecho de Sucesiones: la mejora” Editorial Tirant Lo Blanch. Epígrafe 42 (pag 342 y 343)

difunto y sus facultades derivan de una declaración de voluntad del premuerto.

Con LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷, el cónyuge viudo está facultado, pero no obligado por el testador. Es importante este matiz, porque la anterior redacción decía «podrá ordenarse en testamento o capitulaciones matrimoniales», lo que podía llevar a pensar que se trataba de una exigencia o un mandato-orden; en cambio, la actual redacción habla de «conferir facultades» por lo que no existe duda sobre el particular.

El encargo del viudo se cumple con el acto de mejorar, atribuir o adjudicar, realizado aquél se agota el contenido del poder conferido, que ya no podrá renacer. Por la decisión del delegante, adquieren determinación y firmeza los derechos de cada cual en la herencia del causante, y esa consolidación de títulos y adquisiciones no puede ya desintegrarse por la voluntad unilateral del cónyuge superviviente. No obstante, la facultad una vez ejercitada en su totalidad se extingue.

Además, con la nueva redacción, ya hemos dicho que las facultades distributivas-partitivas se extienden también a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado, por lo tanto las facultades de éste son muy superiores a las del testador. Por una parte el delegado actúa por si mismo como integrante del matrimonio y también lo hace en vez del causante en el ámbito al que alcance la delegación, por eso se puede decir que tiene facultades superiores a las del testador, como veremos con mayor detenimiento más adelante. Todo esto, nos hace pensar que el precepto está contemplando una situación que es bastante frecuente en la práctica, en la organización del patrimonio y la sucesión de las familias con intereses contrapuestos: los bienes no se reparten hasta que muere el segundo de los progenitores. Si son bien avenidas, puede darse sin necesidad del art 831 CC. Algo que nos da que pensar sobre que el artículo 831 CC en su actual redacción puede ser el instrumento determinante para la estructuración de los patrimonios familiares (RUEDA ESTEBAN⁸).

No obstante, como veremos, hay límites, ya que si los legitimarios exigen la porción legal que le corresponde en la herencia del premuerto, el progenitor superviviente se la tendrá que abonar. Analizaremos todos estos aspectos detenidamente. Pero previamente haremos constar las cualidades de la actuación del fiduciario. Esto tiene una consecuencia inmediata, que es la de que si el supérstite puede constituir el fideicomiso

⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pags. 1121 y s.s.)

⁸RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 973) . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 202 y 203).

del art 808 CC (lo que analizaremos en el capítulo XV) no lo podrá hacer no cuando quiera, sino enseguida, tras la muerte de su consorte, porque si no lo hace y los legitimarios le piden su legítima estricta, desde el momento en el que se la entregue, no parece que pueda pedir que la devuelvan porque posteriormente ha decidido constituir el fideicomiso.

Inter vivos o mortis causa. En otro orden, las mejoras como las atribuciones y adjudicaciones, las puede hacer el facultado por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*, lo cual puede determinar la condición sucesoria de los favorecidos. En el caso de que la facultad se ejerza en testamento, el comisionado, en opinión de GARCÍA RUBIO⁹, muy atrevida a mi juicio, (por lo que no la comparto de no haberlo hecho el causante en su testamento), podrá determinar el título de heredero o de legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante. No podemos compartir esta teoría porque la condición de heredero o de legatario es algo que corresponde exclusivamente al causante. Otra cosa sería convertir la delegación del 831 CC en una auténtica herencia de confianza, lo que como hemos razonado en el capítulo sexto supone una contravención de los principios del Código Civil. En cuanto a las atribuciones y mejoras realizadas por el facultado en favor de sus descendientes a través de actos *inter vivos*, no pueden ser consideradas donaciones pues, o bien está atribuyendo bienes del difunto o bienes comunes que él no puede donar o, aunque lo haga con bienes propios, está ejercitando un poder o facultad que le ha sido otorgado y no realizando un acto a título gratuito en sentido estricto, ya que aunque es un acto gratuito desde un punto de vista formal, el delegado no disminuye su propio patrimonio con él. En cualquier caso, también en este supuesto de atribuciones por actos *inter vivos* los favorecidos son sucesores del causante, aunque lo sean en bienes ajenos, por lo que sus efectos se habrán de retrotraer a la fecha del fallecimiento de quien hizo la delegación.

Total o parcial. Pone de manifiesto RIVAS MARTÍNEZ¹⁰, que el comisionado no está obligado a ejecutar el encargo ni a hacerlo sobre la totalidad de la herencia sobre la que pueda actuar. Si el ejercicio total no se produce la parte de la herencia sobre la que no se ejecutó el encargo se deferirá, según las disposiciones establecidas por el

⁹GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 84).

¹⁰RIVAS MARTÍNEZ, J. J. “Derecho de Sucesiones Común y Foral”. Tomo II. Volumen 1º. 3ª Edición DYKINSON 2004. ISBN: 84-9772-104-7 (Pág. 360,361 y 362).

causante, de haberlas; en su defecto, por las reglas de la sucesión intestada. No obstante, el causante ha podido condicionar determinados beneficios posesorios (por ejemplo la percepción de los frutos o rendimientos de los bienes objeto de la fiducia hasta su entrega a los herederos o legatarios) a favor del delegado al hecho de que efectivamente ejercite la fiducia en un plazo determinado, supuesto en el que el incumplimiento de la condición supondrá la pérdida de aquellos beneficios, matizando que en según que caso tratándose del cónyuge esas limitaciones pueden afectar su cuota legal usufructuaria.

De cuota o de cosa. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO¹¹, la facultad de mejorar incluye la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con la asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin delimitación de cuota. Aunque sobre esto volveremos en capítulo siguiente, anticiparemos que el causante puede dar instrucciones precisas sobre estas mejoras, por ejemplo, sometiénolas a una alza modal o a una condición resolutoria, lo que puede darse con cierta frecuencia para cumplir con la finalidad de protección de los discapacitados que ahora se pone de relieve; en este sentido al cometer las facultades, el testador puede imponer que sea mejorado, por ejemplo, el hijo o descendiente que cuide o se haga cargo del discapacitado, dejando que el viudo sea quien valore esta situación. Incluye también la facultad de hacer promesas de mejorar y no mejorar.

Ya no hay duda de la extensión de la mejora a todo el caudal hereditario sin perjuicio de legítimas. Era una de las cuestiones debatidas antes de la reforma de 2003 y que la actual redacción resuelve expresamente: la facultad de realizar mejoras abarca además el tercio libre, aunque se considere que no es mejora en sentido estricto; concluye GARCÍA RUBIO¹² que la respuesta positiva que venía siendo sustentada entonces por la mayoría de los autores aparece recogida ahora con claridad en el texto legal.

3.- CONTENIDO Y EXTENSIÓN GENERAL DE LAS FACULTADES: MEJORAS, ATRIBUCIONES, ADJUDICACIONES.

Antiguamente se hablaba en la vieja redacción de “mejorar y distribuir” y hoy se detalla mucho más: “mejoras, adjudicaciones ó atribuciones....”.

No creo que estén dentro de las facultades del cónyuge supérstite las de instituir

¹¹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 426).

¹²GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 84 y s.s.).

heredero ó herederos entre los hijos comunes (DIAZ FUENTES¹³ sostiene esta teoría), pero sí que la nueva redacción haya superado las teorías que entendían que el supérstite tiene una simple facultad de distribuir la herencia del finado aunque con cierta desigualdad de las porciones. (Facultades intermedias de partición, entre las que ostenta el testador ex 1.056 CC, y las del contador partidor del 1.057 CC). Es evidente que el cónyuge supérstite tiene mayores facultades como veremos, aunque sin llegar a la designación del heredero, que consideramos exclusiva del testador.

Las actuaciones que puede realizar el fiduciario son las adjudicaciones, atribuciones y las particiones con sus adjudicaciones. A pesar de que el precepto se refiere a bienes concretos, al permitirle hacer adjudicaciones o atribuciones, entienden SEDA HERMOSIN, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, y GARCIA RUBIO que siguen a VALLET DE GOYTISOLO, GARRIDO DE PALMA,¹⁴ que la norma faculta al delegado para hacer una auténtica partición de la herencia del premuerto, aunque también incluye la de realizar adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos a cuenta de una futura partición. Pero es que, además, la misión supone una verdadera función dispositiva. Precisamente porque se sustenta en esta última, en esta labor partitiva el facultado estará sujeto al mismo régimen que el propio causante, quedando liberado, por tanto, de la obligación de someterse a los principios de igualdad cualitativa de los lotes y de las consecuencias de evicción y la rescisión por lesión, en los términos de los artículos 1070.1 y 1075 CC, con la sola particularidad, que señala VALLET DE

¹³DIAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII- 3 (año 1965) (pag 141 a 173, en especial la 145) Para este autor, tanto el artículo 671 –objeto de su estudio- como el 831 suponen una excepción al principio del personalismo del testamento instituido en los 670 y 830. Su estudio se limita al artículo 671, pero valgan sus argumentos para el 831 porque el autor lo ha referido así en la página 145 en relación con las conclusiones finales: “La disposición a que alude el artículo 671 no engendra un fenómeno sucesorio. Se trata de una destinación de bienes a un fin impersonal, cuyos futuros perceptores no estarán ligados por una relación transmisiva directa con el testador, sino que adquirirán la dotación mediatamente....”. Para DIAZ FUENTES, los 831 y 761 a diferencia del 751, permiten al delegado tanto como designar herederos o legatarios.

¹⁴SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES. (Pág. 266 y s.s.).

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág.1121 y s.s.).

GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 86).

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 426).

GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056 – 2º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas” R.J.N. 2005 – número 55 (pag 121 a 136- especialmente la 129) Publicado también en “Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García – Murcia 2004 – (pag 2025 y 2026)

GOYTISOLO¹⁵, de estar supeditado a la voluntad del causante, que en el caso de ser incumplida, encajaría perfectamente en la segunda causa prevista en el propio artículo 1075 <<.. *que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*>>.

Como en la redacción anterior, se ha estimado que, a no ser que el causante haya dicho lo contrario, la facultad de realizar atribuciones o adjudicaciones incluye también la de mejorar. En la vigente redacción se ha eliminado del precepto la expresión «a su prudente arbitrio», cuyo significado había suscitado cierta controversia, a juicio de GARCIA RUBIO¹⁶, opinión que comparto, “hoy carente ya de interés para la comprensión del precepto”. Parece sensato considerar que si el delegado puede realizar la partición de la herencia del delegante en ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, puede también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que lleve a cabo la verdadera; partición, siempre, por supuesto, que no exista voluntad contraria del autor de la delegación.

GARRIDO DE PALMA¹⁷ tiene una concepción más avanzada de la extensión de las facultades del fiduciario; por analogía a lo concedido al fiduciario en la Ley de Sucesiones de Aragón («... ordenar la sucesión»), la mejora por vía de atribución se extendería a mejoras por vía de legado, y admitido esto, por qué no también la institución *ex re certa*; lo que nos lleva incluso en el caso más avanzado y extremo a la posibilidad de instituir heredero. Ya hemos criticado anteriormente esta postura, y hemos sostenido como excesiva esta consideración, porque las facultades del fiduciario no pueden extenderse a decir que un sucesor es heredero o legatario, ni a designarlo, ya que su actuación se limita a temas de partición o de mejora, no al concepto por el que se sucede, ya que se confundiría con la prohibida herencia de confianza en el Derecho común. En conclusión, el delegado puede de muchas formas (conforme al nuevo 831 CC), decidir qué bienes o incluso en que proporción van a ir a los hijos o descendientes, pero no tiene facultad para decidir en que concepto suceden, si como herederos o como legatarios.

¹⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Op. Cit. Pág. 426).

¹⁶GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 84 y s.s.).

¹⁷GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056 – 2º del Código Civil. (Op. Cit. pag 2023 y s.s.)

Para MANRESA NAVARRO¹⁸, “Distribuir es algo más que dividir ó partir, es dividir ó partir sin precisar igualdad, asignar a cada hijo bienes de la herencia en la proporción que se quiera... respetando las legítimas”. Y en ese sentido LACRUZ BERDEJO¹⁹, “Fijar el *quantum* de la cuota sucesoria... y señalar los bienes que deben integrar cada cuota”.

Y estos mismos autores y otros (RUEDA ESTEBAN²⁰), coinciden en que las facultades del distribuidor son superiores a las del contador-partidor del 1.057 CC. Aunque haya menores de edad, no será necesario el defensor judicial salvo oposición de intereses. Y sin embargo no se menciona en el texto vigente la palabra distribuir, aunque la reunión de las facultades de mejorar, atribuir y adjudicar, hace un conjunto muy superior a la distribución.

Siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO²¹, cobran valor absoluto algunos de los vaticinios que mencionaremos a continuación.

En esta línea, no hay obstáculo para que se conceda tan sólo la facultad de mejorar y no la de atribuir ó adjudicar: es el caso de que se autorice al cónyuge para que escoja al hijo que haya de ser mejorado en la empresa familiar, pero no se le permite realizar la partición del resto de los bienes (en concordancia con el 1056.2 CC).

También cabe que se delegue exclusivamente la facultad de adjudicar ó atribuir y no la de mejorar, porque las mejoras de cuota ya habían sido previamente establecidas en el testamento por el causante. Esto es comprensible, porque si la voluntad del testador es el imperio de la sucesión y de esa fiducia, también debe ser la que determine la extensión de las facultades a las que se extienda la delegación.

Para VALLET DE GOYTISOLO²², en caso de expresarse sólo la facultad de atribuir ó adjudicar (distribuir en la redacción de 13-Mayo-1.981), debe entenderse comprendida en la misma la de mejorar, a menos que ese tercio de mejora se hubiese ya acabado con mejoras concretas que lo agoten por completo; además, con la nueva redacción, se hace extensiva al tercio de libre disposición, a menos que ese hubiese sido

¹⁸MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil español” Madrid 1951. (pags. 423 y s.s.)

¹⁹LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil” Tomo V. Sucesiones – 4ª Edición de Editorial Dykinson S.L. 2004, ISBN 84-9772-323-6 y otra de 2009 ISBN: 9788498497311. (páginas 357 y s.s.)

²⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 973) . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 172).

²¹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil...”(pag 403 y s.s.) Recoge su teoría en “Estudios sobre la legítima y la facultad del artículo 831 CC”.

²²VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentario....” (en nota anterior). (pag 404 y s.s.).

también agotado ó específicamente excluido por el testador.

Habida cuenta de que la delegación se hace en testamento (a diferencia de la antigua norma, que cabía en capitulaciones), ya no coexistirá con la sucesión abintestato, a menos que el testador haya ordenado el llamamiento conforme dicta la ley, si bien la delación no la hará ya la ley; cabría también el caso de que el causante hubiese instituido herederos a todos en su legítima estricta, permitiendo al cónyuge disponer del resto; si concurren en esta situación las facultades de mejorar y atribuir, podrá prácticamente establecer las cuotas “haciendo una partición pero consecuente e incrustada en la propia disposición” (VALLET DE GOYTISOLO²³); tales son las amplísimas facultades del supérstite facultado para mejorar, que puede fijar el *quantum* de la cuota sucesoria.

En conclusión, el viudo puede fijar la cuota sucesoria ó señalar los bienes que deben integrar esa o incluso ambas cosas. De las dos facultades de mejorar y atribuir ó adjudicar, cabe conceder la segunda sin la primera cuando el causante haya señalado ya las cuotas iguales ó desiguales; pero lo normal es que se concedan ambas. Además, como veremos, atribuida la facultad de mejorar, con el nuevo texto, está comprendido tanto el tercio de mejora como el de libre disposición, siendo en este caso objeto de distribución igualitaria exclusivamente la legítima estricta.

En otro orden de cosas, ya hemos relatado que ha desaparecido de la norma la expresión “... a su prudente arbitrio...” y por lo tanto las dudas que ésta sugería. Sin embargo seguirá inherente al precepto el criterio “del buen padre de familia”, y esto exige al supérstite moderación, prudencia y equidad en el ejercicio de su facultad. No se puede concluir este aspecto sin matizar que la desaparición del criterio de “prudente arbitrio”, no significa que el cónyuge supérstite pueda cometer cualquier tipo de desmanes, pues recogiendo palabras de MANRESA NAVARRO²⁴, “prudente arbitrio no requiere igualdad sino prudencia, y esa expresión implica más bien una suposición de que el cónyuge, por su cariño e interés, ha de obrar reflexivamente y no por capricho, como le aconseje esa prudencia y no completa arbitrariedad”. Pero todo esto es historia porque al desaparecer el requisito, desaparece el principio de la justicia distributiva en el cual, el legislador originario, pensó basándose en el artículo 1.061 y s.s. CC (es decir, guardar en la partición la posible igualdad, haciendo lotes y adjudicando a los herederos

²³VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentario al...” (en nota anterior).(pag 404 y s.s.).

²⁴MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil español” Madrid 1951. (Op. Cit. pag 423 y s.s.).

bienes de la misma naturaleza, especie y calidad); así pues, con la desaparición del “prudente arbitrio” se hacen históricas esas exigencias y el supérstite puede distribuir como quiera sin someterse a éstas. En definitiva, la facultad de distribuir lleva la de mejorar insita, como del testamento no se dedujese lo contrario.

Como hemos explicado, puede ocurrir que se quiera otorgar tan sólo la facultad de distribuir pero no de mejorar, lo que supondría una limitación a la concesión de aquélla; no obstante, la auténtica *ratio legis* del 831 CC es la de mejorar, y su utilidad sólo tiene sentido en el supuesto de la mezcla de ambas funciones; en conclusión, a la vista de la nueva redacción del precepto se busca la unión de ambas facultades, aunque con protagonismo de la mejora, y cualquier limitación que se imponga es una modificación del fin perseguido por la fiducia.

En ese orden de pensamiento se mueve LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA²⁵, que distingue dos aspectos en el contenido y extensión de la facultad: por un lado los actos que comprende la facultad y por otro, aquellos que están excluidos. En principio, como hemos visto, entre los que comprende la facultad están la posibilidad de mejorar incluso con cargo al tercio de libre disposición, adjudicar y atribuir por cualquier título o concepto sucesorio. En consecuencia también esta incluida la de partir. Respecto de los que están excluidos, parece que sería la institución de herederos o disposición o nombramiento de legatarios, si bien con la expresión del literal del texto que dice “*por cualquier título o concepto sucesorio...*”, se cuestiona la exclusión de esas facultades y aun con el riesgo de encontrarnos ante una herencia de confianza, prohibida en el Derecho común, analizaremos posteriormente esa posibilidad.

Ya hemos sostenido anteriormente, que el testador puede conceder al cónyuge todas las facultades o alguna de ellas. Con la amplitud que quiera siempre que no se perjudiquen las legítimas y no se sobrepasen los límites establecidos en el mismo 831 CC, pero en primer lugar, la facultad se ejercerá dentro de los parámetros previstos en el testamento y respetando sus disposiciones.

Para SEDA HERMOSIN²⁶ el contenido se desmarca de su redacción anterior, que de un “podrá el cónyuge supérstite distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes” se transforma en una aparente ampliación de las facultades (*«mejorar a los hijos y descendientes comunes, incluso con cargo al tercio*

²⁵LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pag. 1122 y s.s.)

²⁶SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

de libre disposición, y en general realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar»). A mi juicio, no se trata de una aparente ampliación, sino de la conversión en una auténtica fiducia sucesoria. Planteado así, entendemos que el cónyuge fiduciario no es un mero contador-partidor, sino que ocupa el lugar del testador, con ciertos límites que analizaremos posteriormente. Haciendo una exegesis de las posibles facultades del fiduciario, resulta un catálogo muy amplio:

PRIMERO: Puede mejorar a los hijos comunes. Es la facultad primigenia y heredada de las redacciones anteriores. Es más, era la única de la que gozaba el antiguo delegado para mejorar, y muestra importante de esto es que se sitúa el precepto en sede de los artículos que se refieren a la mejora. Si bien se discutía en la redacción anterior si mejorar era solamente disponer del tercio de mejora o si significaba desigualar, incluso con cargo al tercio de libre disposición, en la redacción actual queda manifiestamente claro: mejorar es desigualar, ya sea en tercio dedicado exclusivamente a la mejora, o en ese mismo junto con el de libre disposición (VALLET DE GOYTISOLO²⁷).

SEGUNDO: Puede señalar cuotas a los hijos y descendientes comunes dentro de los tercios de mejora y libre disposición de la herencia del causante (en la medida en que el testador no haya dispuesto de ellos) (SEDA HERMOSIN²⁸).

TERCERO: Puede hacer atribuciones de bienes concretos y específicos, bien directamente, o en cumplimiento de la cuota que previamente haya señalado el testador.

CUARTO: Entregar bienes específicos o determinados, en los mismos términos que se entregan los legados. En ese sentido, establece ahora el inciso final del artículo 831,1.º del Código Civil que *«las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa»*. Lo analizaremos más adelante con detenimiento (capítulo XII).

QUINTO: Puede igualmente realizar la partición, como si se tratase del propio testador

²⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios... (Op. Cit. pag 403 y s.s.)

²⁸SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

(en los mismos términos del artículo 1056,1° del Código Civil); incluso puede usar de la facultad concedida en el párrafo 2° del mismo precepto. Volveremos detenidamente sobre este punto en otro capítulo (XIV). En este caso, y a consecuencia de que ocupa el mismo lugar que ocuparía el testador, no está sujeto a la obligada igualdad en la partición que propugnan los artículos 1061 y 1062 del Código Civil. Por lo tanto tiene unas facultades omnímodas, muy superiores a la del contador partidor y de fortaleza semejante a las del mismo testador.

SEXTO: No puede impugnarse por causa de la lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes adjudicados, puesto que no se trata de una partición realizada por herederos o por contador partidor, sino por alguien con facultades de la misma naturaleza (casi de la misma naturaleza) que las del testador (artículo 1074 CC).

Así pues, solo puede impugnarse por las causas del artículo 1075 CC del mismo cuerpo legal.

SEPTIMO: Puede, a juicio de SEDA HERMOSIN²⁹, que compartimos, ordenar el pago en metálico de la legítima de los demás hijos, con el alcance y contenido del artículo 841 del Código. Esto es así, porque no es un mero partidor, sino que ocupa el mismo lugar del testador. En consecuencia, no es necesario que esté expresamente facultado para ello, aunque ante la duda, puede resultar conveniente la atribución expresa de esta facultad en el testamento.

OCTAVO: Puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga, pues si puede lo más (dejarle lo mínimo), puede lo menos (dejarle más que la legítima pero sujeta a modo). Lo mismo puede decirse de la condición y el término, siempre que se respete debidamente el límite de las legítimas y la voluntad expresa del testador. Esta es la máxima expresión de la delegación de la facultad de mejorar, distribuir y adjudicar, en definitiva, todo excepto la designación de la condición de heredero, que lo convertiría en una herencia de confianza.

Pero hay algunas cosas que exceden absolutamente de sus facultades: así por ejemplo, en principio, la fiducia que estudiamos, no legitimaría al cónyuge supérstite para ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador, porque esto sería tanto como instituir herederos, lo que excedería de sus facultades, porque quien no resultó

²⁹SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

llamado por el testador, no puede ser llamado por vía de sustitución fideicomisaria, pues va contra las disposiciones del propio testador. Sin embargo, cabe, no obstante, que el testador haya previsto expresamente esta posibilidad, designando los sustitutos, en cuyo caso se encuentra autorizado. También cabría el caso excepcional de gravar a los herederos con sustitución fideicomisaria a favor de otros descendientes llamados como herederos, o de establecer el fideicomiso sobre la legítima estricta a favor del incapacitado, puesto que el 782 CC y el 808 CC, en combinación con el 831 CC, a mi juicio lo permite. Piénsese que el fundamento de la reforma de 2003 es la protección de los incapaces o de los discapacitados. Esto lo veremos detenidamente más adelante. (Capítulo XV).

En conclusión, el cónyuge sobreviviente en uso de la facultad de mejorar puede, así lo consideramos y también lo entiende MILLAN SALAS³⁰, establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora en favor de los descendientes comunes (art. 782 CC). No puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto. Pero si tiene ciertas facultades, relativas, en orden a la liquidación de gananciales, pues puede hacer atribuciones a favor de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada (inciso final del párrafo primero del artículo 831 CC). En definitiva esto significa que el cónyuge, por sí sólo, ordena que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto por el testador concedente y, por tanto, opera una suerte de liquidación parcial respecto de los gananciales. Esto lo veremos detenidamente más adelante en los puntos que siguen.

Veamos en este capítulo las que se mencionan literal y específicamente en el texto de la reforma de 2003: mejorar, distribuir, adjudicar, y partir.

4.- LA FACULTAD DE MEJORAR

En cuanto al alcance de la palabra mejorar, pierde importancia la discusión clásica de su contenido: si se refiere a un sentido jurídico estricto de los artículos 823 y s.s. del CC, ó se refiere a otro de carácter económico más amplio; hoy no hay duda de que se refiere al amplio, y aunque el precepto está enclavado entre los que se refieren a las mejoras, su sentido excede absolutamente de la interpretación estricta; debiera haber estado ubicado

³⁰MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag. 418 y s.s.).

entre los que regulan la partición del mismo testador (como ocurre con el 1.056 CC, que lo es en aras del interés familiar). Así pues, esa ubicación no es la más correcta; recogemos en ese sentido palabras de ANNO ELFGEN (compiladas por GARRIDO DE PALMA³¹) en el sentido de que el supérstite actúa no solo como un partidor sino que en tanto que mejora casi se aproxima a una institución de heredero.

En resumen, la facultad de mejorar debe entenderse en el sentido más amplio, y la ubicación del precepto no debe llevarnos a confusión; hay una auténtica fiducia, con los exclusivos límites de las legítimas.

Respecto a la facultad de mejorar, hoy están superadas las discusiones sobre la extensión («... mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición...»). Este punto está claro, pero no tanto el de las formas de esa mejora, que con el tenor literal del precepto sigue abierto a diferentes posibilidades: «... adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio...».

Así pues, de esta forma, tendríamos: a) Mejora con adjudicación de bienes concretos, bien como mejora expresa ó tácita. b) Mejora con adjudicación de cuotas en tal concepto, que a su vez podrá ser “de cuota con ó sin asignación de bienes concretos, ó bien de cosa con ó sin determinación de cuotas”.

En definitiva, siguiendo a MILLAN SALAS³², La mejora puede adoptar varias formas: mejora con adjudicación de bienes concretos o mejora con adjudicación de cuota. El cónyuge o pareja de hecho sobreviviente en el ejercicio de la facultad de mejorar puede mejorar en cosa determinada (art. 829 CC), pudiendo consistir esa cosa determinada en la empresa familiar. De manera que, en aplicación de los artículos 829 y 831, si el valor de la cosa determinada excediere de los tercios destinados a mejora y libre disposición, en la medida en que uno y otro tercio no estén afectados por otras disposiciones del causante, y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste, siempre que no existan en la herencia otros bienes suficientes, abonar la diferencia en dinero a los demás interesados.

³¹GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056 – 2º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas” (pag 2021 a 2029). Recoge este autor en su primera obra, las palabras de ANNO ELFGEN: “... el cónyuge supérstite actúa ... no sólo como partidor, sino que efectúa una institución de heredero, al menos en tanto que mejora”, y lo puede hacer de la misma forma que verificar un legado, así pues “... el fallo de la teoría está ante todo, en la práctica equiparación de mejorar y de partir ... y conduce a una desvirtuación del concepto de mejora ... y no ofrece base para ello la colocación sistemática del precepto, ya que está en el capítulo de la mejora y no en los artículos siguientes al 1.056 que regulan la partición de herencia ...”.

³²MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag. 419).

Pero, una cosa es mejorar en sentido estricto y otra distinta es proporcionar una ventaja patrimonial con cargo al tercio de libre disposición. Porque existen muchas formas de mejorar, aunque sea con la calidad y no con la cantidad de las atribuciones, o incluso facilitando el acceso a determinadas acciones o bienes que no solo son corporales.

El testador puede conceder a su cónyuge la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes «incluso con cargo al tercio de libre disposición». Ya hemos analizado lo que se refiere al ámbito de esta mejora y su cuantía, y con VALLET DE GOYTISOLO³³, entendemos que se debe referir al punto de vista más amplio, esto es a la mejora cuyo tercio recibe ese nombre y al tercio de libre disposición.

Pero corresponde analizar el aspecto personal de los mejorados. Mientras estuvo vigente la redacción del precepto que no hacía mención expresa a la posibilidad de mejorar a los nietos y descendientes de ulterior grado, la doctrina discutió sobre esta extensión. Algunos autores se mostraron a favor mientras que otros mantenían que el cónyuge sobreviviente debía distribuir el tercio libre por igual exclusivamente entre «los hijos comunes». La nueva redacción no deja lugar a dudas y ha resuelto la polémica doctrinal. Caben tanto hijos comunes como sus descendientes (estudiado en el capítulo IX). Veamos.

En primer lugar, la posibilidad de «mejorar» con cargo al tercio de libre disposición es una novedad de esta última reforma del artículo 831 CC. Para SEDA HERMOSIN³⁴, «las mejoras con cargo al tercio de libre disposición» no son en rigor «mejora», aunque efectivamente cualquier disposición a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes, con cargo a al tercio de libre disposición, suponga un incremento de su porción hereditaria, que le «mejora» en relación con los hijos o descendientes que no reciben nada de esa porción o que reciben menos. La autorizada opinión de ALBALADEJO GARCÍA³⁵ defiende la idea de incluir el tercio de libre disposición como parte de la mejora, con lo que el marco de aplicación por lo que se refiere a la extensión de la mejora está clarísimo.

En otro orden, analizaremos el alcance cuantitativo de estas mejoras. La mejora es

³³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones...(Op. Cit. pag 403 y s.s.)

³⁴SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit.pag 266 y s.s.)

³⁵ALBALADEJO GARCIA, M. “La Mejora” Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. Madrid. 2003. (páginas 95 y s.s.).

parte de la legítima de los hijos y demás descendientes (en su caso), por lo tanto, cualquier mejora con cargo al tercio correspondiente de la legítima larga disminuye la porción que por legítima corresponde a los descendientes no mejorados, cosa que no sucede si se dispone de todo o una parte del tercio de libre. La cuestión no es intrascendente, pues si la «mejora» se hace con cargo al tercio de libre disposición, los restantes descendientes, que sean herederos forzosos, recibirán la parte que les corresponde del tercio que hubiera podido ser empleado para mejorar, en concepto de legítima, es decir libre de toda carga o gravamen y exigible de inmediato con cargo a bienes concretos del caudal relicto, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima (SEDA HERMOSIN³⁶).

Para SIERRA PEREZ³⁷, el centro de la cuestión está en que la regla general se contempla en el artículo 830 CC que se refiere a las mejoras y que el 831 CC es una excepción al anterior que siempre ha comenzado diciendo «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior...». Es evidente, como hemos estudiado en capítulos anteriores, que el artículo 830 del Código Civil es la regla general que exalta el personalismo del testamento, complemento del artículo 670 del mismo texto legal. En definitiva, que la facultad de mejorar no pueda encomendarse a otro no es más que una adaptación para la mejora del principio de que el testamento es un acto personalísimo, por lo que no podrá dejarse su formación al arbitrio de un tercero ni en todo ni en parte, ni hacerse por medio de un comisario o mandatario, ni dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente. La sentencia del Tribunal supremo de 25 de febrero de 2000, entendió que no cabe atribuir delegaciones al testamento de forma que se suplante el personalismo del testamento extendiéndolo a funciones diversas³⁸

³⁶SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

³⁷SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común. El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag 111 y s.s.).

³⁸Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000: “La cláusula es clara en su términos, como clara resulta la persistente voluntad del testador - manifestada por dos vías, el legado o la mejora, para que tenga efectividad -, y no cabe atribuirle delegaciones testamentarias que no contiene y que los recurrentes lo intentan haciendo para ello una transformación o, más aún, una suplantación de ese acto personalísimo extendiéndolo, para insertarlo en él, al cometido que el mismo testador hace a los albaceas, comisarios, contadores- partidores que designa en la cláusula quinta para liquidar la sociedad de gananciales y entregar aquel legado, porque la integración, a través de esa liquidación, de aquel bien que se lega en el patrimonio relicto del causante no supone otra cosa que acatar y realizar su voluntad que de otro modo - si se hubiera incluido ese bien en la porción de gananciales que debía llevarse el cónyuge

Así pues, el 831 CC supone una excepción extraordinaria en la estructura de los principios sucesorios del Código Civil, y especialmente a los de la mejora.

El aspecto literal del texto legal es importante. La principal diferencia de la redacción actual con las anteriores es que ahora se detalla de forma más completa el alcance de esas mejoras. En las redacciones anteriores se hablaba de “mejorar y distribuir” mientras que la actual nos habla de “adjudicar y atribuir” además naturalmente de “mejorar”. Según ALBALADEJO³⁹, desde el punto de vista jurídico, «mejorar es lo que a un descendiente el ascendiente le da o deja de más sobre su legítima corta», o sea, también la que se haga con el tercio de libre disposición y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO⁴⁰ la define como «la orden, generalmente indelegable, o el acuerdo de convertir el segundo tercio de la herencia o parte de él en sucesión voluntaria para atribuirlo a alguno o algunos de los herederos forzosos con exclusión de los demás». La diferencia entre estas dos definiciones radica en que la primera incluye, como bienes que pueden distribuirse a través de la mejora, el tercio de libre disposición, mientras que la segunda únicamente considera posible mejorar a cargo del denominado tercio de mejora pero deja fuera el tercio de libre disposición.

En conclusión, existía polémica sobre si la mejora abarcaba o no al tercio de libre disposición, ya lo admitía MANRESA NAVARRO⁴¹ en sus comentarios al Código Civil, así como la generalidad de la doctrina. También se admite con la redacción dada en la reforma de 1981. ALBALADEJO GARCÍA⁴² insistió especialmente en que no

supérstite.....si que se violentaría y burlaría haciendo imposible su disposición que respeta legítimas y derechos como puede verse en las operaciones particionales llevadas a cabo por albacea y cónyuge sobreviviente dentro de lo que previene el art. 901 del Código civil facultades de uno y otra que no cabe excluir en lo más mínimo como señalan las sentencias de 19 de Junio de 1.958 y 15 de Abril de 1.982 porque al albacea..... le corresponden todas las que tiendan a hacer efectiva la voluntad del testador recogida en el testamento.....en que la liquidación de la sociedad de gananciales debía de haberse hecho en colaboración de los demás herederos con el cónyuge viudo y no, como se hizo, entre éste y el contador partidor pues es reiterada la jurisprudencia - sentencias de 29 de Febrero de 1.906, 31 de Enero de 1.912, 22 de Agosto de 1.914, 10 de Enero de 1.934 y 17 de Abril de 1.943, entre otras - que dispone que la liquidación de la sociedad de gananciales ha de realizarse por el contador partidor en unión del viudo o viuda, y así lo sostiene la doctrina y así ha de mantenerse aquí en virtud de lo dispuesto en la cláusula quinta del testamento que nos ocupa”.

³⁹ALBALADEJO GARCIA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. Revista de Derecho privado 2005 (nº 69) (pag. 6 y siguientes). Este autor dijo: «entre la mejora a cargo del tercio de mejora y la a cargo del tercio libre no hay más diferencia que algo que no afecta a la mejora, y es que la primera es un beneficio que debe ir a los descendientes, y la segunda un beneficio que puede ir a tales descendientes, si bien puede ir también a extraños, pero entonces no es mejora, más cuando va a los descendientes es una mejora como la otra».

⁴⁰CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. “La mejora” Barcelona 2003, (pag 82 y siguientes).

⁴¹MANRESA NAVARRO, J.M. “Comentarios al Código Civil español” Madrid 1951. (pag 423 y s.s.)

⁴²ALBALADEJO GARCIA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. (Op. Cit. pag. 6 y siguientes).

había más diferencia que la denominación de tercio en que estaba imputada. Hoy día la polémica ha quedado totalmente zanjada, pues como ya hemos visto anteriormente, es el propio artículo 831 CC el que nos dice que las mejoras pueden hacerse incluso con cargo al tercio de libre disposición (mejoras amplias).

5.- FACULTAD DE DISTRIBUIR, ATRIBUIR Y ADJUDICAR BIENES CONCRETOS.

La nueva redacción del artículo 831. 1. I CC omite una referencia expresa a la delegación de la facultad de distribuir y únicamente se refiere a las facultades de realizar mejoras y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos, lo que puede alcanzar a todos o solamente a algunos bienes de la herencia. En mi opinión, parece evidente que estas últimas facultades implican lo mismo e incluso más que distribuir, porque entre los títulos en atención a los cuales pueden realizarse estas atribuciones *se encuentra el de mejora que el propio precepto menciona en primer lugar. Además, en la Exposición de Motivos de la ley de 2003, en la que se dio nueva redacción al artículo 831, del mismo precepto se recoge el espíritu: <<...se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge premuerto.....>>.*

Por lo tanto, la facultad de adjudicar o atribuir supera el término «distribuir» anterior a la reforma de 2003, y ha sido sustituido por los de «adjudicaciones o atribuciones». Con anterioridad a la reforma de 2003, se podría discutir si la facultad de distribuir se refería sólo a partir o incluía también la atribución. Con la nueva redacción del artículo 831 se incluyen ambas facultades.

En definitiva, el supérstite, puede realizar la partición de la herencia del causante, teniendo el cónyuge viudo mayores facultades que las que corresponden a un contador-partidor según el artículo 1057 CC: «la simple facultad de hacer la partición»; así pues, como hemos visto antes, no tiene que guardar la posible igualdad entre los herederos en la composición de los lotes (art. 1061 CC), además, de que puede usar de la facultad prevista en el artículo 1056-2º CC, de manera que en atención a la conservación de la empresa familiar o en interés de la familia puede adjudicar íntegramente la explotación económica, las acciones o participaciones

sociales de una sociedad de capital a aquel de los hijos o descendientes comunes que reúna las condiciones adecuadas para continuar con la explotación económica o con la sociedad de capital, pudiendo el cónyuge sobreviviente disponer que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, incluso con dinero extrahereditario.

Además, como ya sostuvimos anteriormente, aunque el artículo 831 CC atribuye al cónyuge viudo la posibilidad de realizar mejoras y en general adjudicaciones o atribuciones, es posible que se delegue o sólo la facultad de mejorar o sólo la de atribuir o adjudicar. Depende de la voluntad del testador.

En el caso de que sólo se delegue la facultad de atribuir o adjudicar, porque las mejoras de cuota ya las había determinado el causante en su testamento, consideramos también incluida la de mejorar, salvo que el causante hubiera dispuesto por completo de los tercios de mejora y de libre disposición.

Cual sea la intención del legislador al cambiar la terminología es incierto. La facultad de distribuir que el nuevo texto ha actualizado por la de “atribuir” ó “adjudicar”; han solucionado con la nueva terminología los problemas sobre si distribuir era sólo partir ó amparaba también la atribución; ya no hay dudas sobre su carácter extenso: con esto se revitaliza la teoría que defendió VALLET DE GOYTISOLO⁴³ en el sentido de considerarla como una “facultad dispositiva institucional” (Ya que el artículo 831 CC no tiene como propósito prevenir la indivisión, sino la sucesión igualitaria).

Puede decirse, por ello, que la nueva versión del artículo 831. 1. I CC permite llegar a la misma conclusión a la que se llegaba antes, y acaso todavía con más claridad, dado que tras referirse a la facultad de realizar mejoras, el nuevo precepto utiliza una cláusula abierta afirmando que también puede hacer, «en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

Hemos dicho antes, que la facultad de distribución de los bienes del difunto se dejaba por el antiguo artículo 831 CC *al prudente arbitrio del sobreviviente*, lo que parece implicar una llamada a la equidad a la hora de materializar el reparto; equidad que solo

⁴³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios...” (Op. Cil. pag 406.)

parece que pudiera ser reclamada en función de la naturaleza o condición de los bienes a repartir, pero no en función de la cuantía, ya que es perfectamente posible que, respetando las legítimas, que ya antes, aunque no se explicitara, debía entenderse que son solo las cortas o -estrictas- queden los hijos desigualados, porque ese es, por hipótesis, el resultado necesario de hacer uso de la facultad de mejorar. Pero es insuficiente confiarlo a la equidad, porque no hay ningún mecanismo jurídico que controle que efectivamente se ha actuado conforme a esa equidad (sería probablemente imposible ya que los motivos del cónyuge fiduciario para mejorar a uno u otro son ilimitados. Así pues, cobra valor especialmente la confianza del testador en el delegado o fiduciario. No obstante, esa mención al prudente arbitrio o a la equidad, resultaba de la procedencia y reminiscencia foral de la institución, pero en el Código resultaba un cuerpo extraño.

Ya hemos expuesto que el actual artículo 831. 3 CC ha prescindido de la referencia al «prudente arbitrio» del cónyuge viudo para centrarse en la necesidad de que sean respetadas las legítimas, que ahora se detalla que son las cortas o estrictas, de los descendientes comunes, así como las mejoras y demás disposiciones del causante en su favor. Pero seguidamente, en el párrafo tercero del propio apartado 3 vuelve a aparecer el recurso a la regla de equidad en el reparto, por cuanto se presume que han sido respetadas las disposiciones del causante y las legítimas cuando la distribución se haya hecho de manera que unas y otras resulten «suficientemente satisfechas»⁴⁴. Aunque también es cierto que el legislador pudo sencillamente recordar el carácter de la intangibilidad cualitativa de la legítima, de manera que «suficientemente satisfechas» no tenga otro significado que estén enteramente satisfechas o satisfechas tal como impone la Ley.

En definitiva, la indeterminación de la legislación es fácil de resolver respecto de las legítimas, pues se comprueba con un simple criterio cuantitativo. Pero respecto de las otras disposiciones del causante, y al margen de los resultados de la interpretación de las mismas, probablemente será preciso, además, valorar con un criterio cualitativo si se aprecia o no ese respeto a la voluntad del fallecido, aunque no hay que olvidar que existe una fuerte presunción a favor de la actuación del sobreviviente, incluso hasta el punto de entender que efectivamente éste ha obrado con corrección «aunque en todo o

⁴⁴SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común. El artículo 831 del Código Civil (Op. Cit. pag 111 y s.s.).

en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge» que ejercite las facultades fiduciarias.

Sin embargo, hay opiniones distintas como la de SIERRA PEREZ⁴⁵, que entiende que la redacción anterior sólo hablaba de mejorar y distribuir. Por lo tanto y a su juicio, si según el mismo diccionario de la Real Academia al que se acogen todos los autores que hemos mencionado, *distribuir* es dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho, entenderemos que sus facultades son las de un auténtico contador partidor que no se podrá salir de las instrucciones del testador. En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO⁴⁶ opinaba que la facultad de mejorar y la de distribuir podrían ir unidas o separadas, ya que se puede autorizar al supérstite a que mejore al hijo que él elija en una cosa concreta como es el caserío o la explotación familiar que integre total o muy principalmente el patrimonio del finado, pero tampoco hay obstáculo en que se le delegue sólo la facultad de distribuir los bienes de conformidad a las mejoras de cuota establecidas por el cónyuge concedente. La interpretación dada por este mismo autor, que es la que orientó la doctrina, era, en general, que el cónyuge podía hacer cualquier clase de mejora, como una atribución en concepto de mejora, o mejora de cuota, o de cosa determinada, asignando o no bienes concretos y hacer la mejora que sea a título de legado o de herencia, libre de gravamen o gravada a favor de otro descendiente, por lo que la fijación de las mejoras no tendría más límite que la legítima corta y las disposiciones del causante.

En conclusión, la redacción de 2003 hizo una versión más moderna y de facultades muy superiores a las de las antiguas y clásicas versiones del artículo 831 CC: nos habla de adjudicar y atribuir en lugar de distribuir. Los que sostenemos esta tendencia, hacemos una lectura más adaptada del mismo diccionario de la Real Academia: *adjudicar* es declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho, y *atribuir* es señalar o asignar algo a alguien como de su competencia. Sin embargo, SIERRA PEREZ⁴⁷ opina que la palabra distribuir de la antigua redacción era más acorde con la función encomendada que las actualmente

⁴⁵SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común. El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag 89 a 121, en especial 113 y s.s.).

⁴⁶VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios...” (Op. Cit. pag 412)

⁴⁷SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común. El artículo 831 del Código Civil (Op. Cit. Pag. 112 y s.s.).

empleadas, pero que a la postre va a tener una interpretación semejante, contando además con que ahora se hacen una serie de aclaraciones respecto a las posibilidades de actuación del fiduciario que resultan de suma utilidad.

Pero no son estas las únicas innovaciones del precepto en su redacción de 2003, ya que al igual que antes la adjudicación podía hacerse por cualquier título o concepto sucesorio, ahora se añade que pueden adjudicarse bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercita la facultad o incluso bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. A través de esta concesión se produce, según PEREÑA VICENTE⁴⁸ otra “reforma cualitativa” respecto de las legítimas que supone admitir la posibilidad de que «la legítima pueda satisfacerse con bienes extra hereditarios». Contemplaremos con detalle estos aspectos posteriormente.

6.- LA FACULTAD DE ADJUDICAR Y ATRIBUIR: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL HIJO O DESCENDIENTE INCAPAZ (ARTICULO 822 CC)

Ante todo, hay que hacer la consideración de que el artículo 822 CC habla de legitimarios, por lo que se incluyen en el mismo tanto los hijos o descendientes como los ascendientes y el cónyuge (en el caso de que aceptemos su condición de legitimario y no de un mero titular de una cuota legal usufructuaria). Si bien, como nos referimos al ámbito exclusivo de la aplicación del artículo 831 CC en relación con la posibilidad que concede el 822 CC, debemos restringirnos a los hijos y descendientes exclusivamente, que es el límite de la fiducia sucesoria. Pero ciertamente, el ámbito del precepto en cuanto a posibles beneficiarios, es más amplio⁴⁹.

Mención especial merece dentro del apartado de la facultad de adjudicar y atribuir, el de la que se pueda realizar sobre una vivienda a favor del hijo o descendiente incapaz, puesto que el espíritu de la reforma del 2003 así lo recoge en la Exposición de Motivos. Y es que el principio rector de esa reforma lo es en aras de la protección de los incapaces y discapacitados, por lo que la reforma que se hizo del 831 CC se fundamenta en conceder instrumentos a los padres para que la organización del patrimonio familiar y de la sucesión combinada de ambos progenitores se pueda hacer de una forma

⁴⁸PEREÑA VICENTE, M. “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado” La Ley 2004; D-41 (pag 1828 a 1835, especialmente los 1830 y s.s.)

⁴⁹DÍAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad” *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385 (páginas 46 y siguientes).

sincronizada que permita, por una lado dilatar en el tiempo la distribución de los bienes, en espera de la evolución de la capacidad de obrar del discapacitado, y por otro, hacer mejoras que ayuden a proteger y beneficiar a ese discapacitado o incapaz frente a otros hermanos que por condiciones de habilitación social e inteligencia pueden defenderse mejor frente a la vida. Así pues, dentro de estos parámetros, para SEDA HERMOSIN⁵⁰, la atribución y adjudicación son actos particionales, que pueden quedar sin contenido por la sola voluntad del delegante (que sería una revocación tácita) si agota las posibilidades distributivas del supérstite mediante disposiciones patrimoniales *mortis causa*.

Establece el artículo 822 CC que <<La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación >>.

Siguiendo a DIAZ ALABART⁵¹, el precepto está dirigido a los *actos inter vivos* (preferentemente donaciones), si bien del texto resulta que también se puede aplicar para las disposiciones de última voluntad, (legados), por lo que nos planteamos la posibilidad de que el fiduciario pueda emplear este instrumento a favor de un descendiente incapacitado. A juicio de esta autora, que compartimos, los legados tienen un régimen diferente del de las donaciones, pues no se computan en sentido técnico para el cálculo de la cuantía de las legítimas, sino que se reducen si menguan éstas, a petición de los herederos forzosos (art. 817 CC). Pero aunque se haya empleado ese término inadecuado de computar para el

⁵⁰SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 267 y s.s.)

⁵¹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación...”(Op. Cit. páginas 46 y 47)

cálculo de las legítimas, entiende DIAZ ALABART⁵² que su sentido es bastante claro, el que ya como donación, ya como legado el resultado para el discapacitado sea el mismo, es decir que ese legado queda fuera de las reglas de las legítimas, por lo que el beneficiado por él, no verá en nada reducida su cuota legítimarla, y además tampoco será reducible en ningún caso.

En definitiva, lo que se ha hecho con este precepto es hacer que un concreto derecho del causante, en el caso de que se produzcan las circunstancias que marca la ley, quede fuera de las reglas que regulan las legítimas. No obstante, esta aplicación del artículo 822 CC tiene algunos problemas, pero en conjunto hay que considerar que es una medida acertada para paliar las dificultades del discapacitado a los efectos de disponer de una vivienda sin que afecte su cuota hereditaria, máxime tratándose de un derecho inembargable. Y aunque ello afecte a los intereses de los otros legitimarios, primordialmente porque han de esperar a la extinción del derecho de habitación para poder disponer de la vivienda, mientras tanto, si la necesitan, pueden utilizarla conjuntamente con el discapacitado.

Así pues, aceptaremos que el cónyuge viudo pueda utilizar también esta facultad, ya que si lo puso el causante, también lo podrá el supérstite. En el uso de esta facultad, el cónyuge fiduciario podrá atribuir al hijo o descendiente incapaz un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella, según lo dispuesto en el nuevo artículo 822 CC, en la redacción dada por la citada Ley 41/2003. La otra razón de aceptarlo es que se trata de una situación excepcional, puesto que como sostiene DIAZ ALABART⁵³, la intransmisibilidad que establece el artículo 525 CC para los derechos de uso y habitación no es de carácter imperativo, y por lo tanto cabría establecer la transmisibilidad en el título constitutivo; el artículo 822 CC, párrafo tercero, deja bien claro que *“el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible”*, lo que encaja perfectamente en su régimen excepcional, justificado únicamente por la discapacidad del habitacionista, que solamente a éste puede beneficiar.

La exclusión del cómputo de las legítimas significa que este derecho no se

⁵²DIAZ ALABART, s. “El discapacitado....” (en nota anterior, pág. 46)

⁵³DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación.... (Op. Cit. página 38)

imputará a ninguno de los tercios en los que se divide idealmente la herencia cuando existen hijos o descendientes legitimarios del causante, como veremos en capítulos posteriores (XI y XII). Este derecho podrá ser atribuido, incluso, por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiere dispuesto de distinta forma o en contrario.

En estos casos, el fiduciario, al hacer atribuciones y adjudicaciones, tendrá que respetar el derecho del discapacitado, puesto que esa fue la voluntad del causante en concordancia con el espíritu que el artículo 831 CC informa. En definitiva, si el discapacitado lo necesita, el fiduciario tendrá que conceder al descendiente incapaz del causante, aunque no sea común, un derecho de habitación. Es por todo esto, que nos podemos plantear si el fiduciario –al igual que el causante- puede disponer también de otras cosas a favor del discapacitado que no es descendiente no común, porque ciertamente no parece que el artículo 822 CC lo excluya expresamente. Ocurre que el carácter excepcional del artículo 831, que hemos sostenido en otras ocasiones, hace que sea interpretado restrictivamente, por lo que admitiríamos, como mucho, la posibilidad de este derecho de habitación a favor del descendiente no común discapacitado, pero no nos atrevemos a más.

No obstante, el 2º párrafo del 822, contempla que ese legado legal del que trata puede no producirse si el testador dispone otra cosa (es de suponer que en relación con la satisfacción de la necesidad de vivienda del discapacitado, por ejemplo le cede otra casa), o lo hubiera excluido expresamente. La cuestión es si puede en el mismo orden que el causante, actuar por la vía del 831 el cónyuge delegado. Nos parece difícil admitir que pueda excluir ese derecho, y entendemos que sólo lo puede hacer el causante, ya que la norma busca el beneficio del discapacitado incluso sin necesidad de una declaración positiva del causante al que sólo le cabe oponerse expresamente. Así pues, si el causante nada dijo al respecto, el fiduciario nada pueda hacer distinto de acatar el 822. Ahora bien, si el causante pudo evitar el derecho de uso sobre esa vivienda habitual compartida por haber dispuesto otra cosa (que no suponga perjuicio para el discapacitado), tampoco parece inasumible que ese fiduciario pueda decidir que el beneficio del discapacitado del artículo 822 se cubra de otra forma que no sea el derecho de uso sobre la vivienda habitual. En el fondo no pasa de ser una cuestión de adjudicaciones. El límite a la libertad de actuación del fiduciario en este punto, es que la

necesidad del discapacitado que pretende cubrir el 822, quede bien cubierta con las disposiciones que tome.

Naturalmente, todo esto se entiende sin perjuicio de las facultades concedidas por el Código Civil al viudo o viuda casados en régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, que lógicamente en el momento de la liquidación de aquel, tendrá derecho a la adjudicación preferente de la vivienda donde tuviese su residencia habitual, según dispone el artículo 1406.4º CC, que el artículo 822 CC ordena respetar.

El viudo o viuda, podrán pedir, a su elección, que se les atribuya la vivienda en propiedad o que se constituya sobre la misma un derecho de uso o habitación, según dispone el artículo 1407 CC, que también ordena respetar el artículo 822 CC. Las diferentes épocas y redacciones de los citados preceptos (años 1981 y 2003) han hecho que el legislador haya hecho malabarismos para conciliar unos y otros. En estos dos casos, tanto si escoge la adjudicación preferente como si no lo hace, concurrirá con el discapacitado en el uso de la vivienda, como será lo normal si el discapacitado es descendiente común.

Se pregunta SEDA HERMOSIN⁵⁴ ¿Qué ocurre si hay más de un discapacitado?, ¿podrá el cónyuge elegir entre ellos? El sentido común indica que se habrá de ocupar de ambos y mantenerlos en su vivienda, puesto que son hijos suyos. En este sentido, la actual redacción del artículo 822 del Código Civil (reformada por la Ley de 2003 sobre Protección de discapacitados), pasó ciertamente desapercibida, pero realmente abre posibilidades interesantes a los efectos de evitar este tipo de problemas. Así DIAZ ALABART⁵⁵, para quien la dispensa de computación –y por lo tanto de imputación- en la legítima del legitimario con discapacidad, del derecho de uso y habitación donado por su progenitor, si convivían ambos en la vivienda en el momento del fallecimiento, supone un claro exponente, entre otros, por lo que se refiere a lo que esta autora llama “tangibilidad de la legítima”. Estamos absolutamente de acuerdo con ella, y lo hemos tratado anteriormente (capítulo VI). Por lo que se refiere a este punto, de acuerdo con esta posibilidad, es indudable la viabilidad de una elección por parte del causante, puesto que pudo hacerlo en vida a través de esta donación y desde luego cabe la elección; solo la diferencia de discapacidades (físicas o psíquicas) puede ser

⁵⁴SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

⁵⁵DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Op. Cit. pag. 37 y s.s.).

determinante de que el derecho de uso y habitación recaiga en uno u otro de ellos o compartiendo el mismo.

Se cuestiona DIAZ ALABART⁵⁶ qué ocurriría si la casa en cuestión es un bien ganancial. Tratándose de un legado el artículo 1380 del CC establece que la disposición testamentaria de bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. Considera esta autora que igual regla habrá de adoptarse si no es un bien sino un derecho que grava un bien ganancial. Lo siguiente es el plantearse si se entenderá legado el valor de la parte al tiempo del fallecimiento. A su juicio, obviamente ya no cubre el fin del derecho de habitación, pero no cabe duda de que más vale ese valor que nada, así que en base a ese principio de protección del discapacitado que inspira la ley habrá que optar por esa interpretación. En el caso de la fiducia del 831 CC, es fácil habida cuenta la posibilidad que hemos analizado de la liquidación parcial de los bienes gananciales respecto de la vivienda habitual y otros derechos en casos puntuales.

7.- LA FACULTAD DE PARTIR

La delegación que hizo el cónyuge premuerto habilita al sobreviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios y, de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵⁷). Esta misma autora razona que la única diferencia entre «adjudicar» que es un acto particional y «partir», es que adjudicar se refiere a bienes concretos de la herencia, sin realizar una partición completa del haber relictivo y la posibilidad de «partir» se refiere al reparto completo de la herencia, adjudicando todos los bienes, completando el pago de las correspondientes cuotas. Si esto lo completamos y conciliamos con la teoría que hemos contemplado de VALLET DE GOYTISOLO⁵⁸, que sostiene que la expresión de que se concede la facultad de distribuir debe entender comprendida la facultad de mejorar, a menos que ésta haya sido expresamente excluida o si el causante hubier establecido claramente otra cosa, encontramos una auténtica fiducia sucesoria.

Realmente, si puede atribuir y adjudicar, también puede partir, pero entendido en un

⁵⁶DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (en nota anterior, pag. 43).

⁵⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Pag 1122 y s.s.)

⁵⁸VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones... (Op. Cit. pag 403 y s.s.)

sentido jurídico y lógico coherente, la atribución y la adjudicación debe ir precedida de unas instrucciones sobre partición hechas por el testador. La cuestión es analizar si la partición es anterior o posterior a esas adjudicaciones y atribuciones, de forma que esas sean título de adquisición o por el contrario la consecuencia de la partición sean esas atribuciones y adjudicaciones.

No obstante, si sólo se había concedido al viudo la facultad estricta de partir, ya hemos apuntado que habrá de sujetarse a las cuotas establecidas en el testamento; y si el viudo se sale de ellas, el perjudicado podrá ejercitar su acción de rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte (arts. 1.074 s.s. CC) Si bien, como veremos, esta postura tiene su contraria, bien fundada, que aplica el artículo 1.075 CC, de efectos bastante distintos, ya que al ser la partición realizada por alguien con tantas facultades como el testador, tal cual si la partición hubiere sido realizada por el mismo testador, nos encontramos con el efecto de que la partición no podrá ser impugnada por causa de la lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Lo razona de forma clara la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, conforme la cual, la acción de rescisión por causa de la lesión nace una vez realizada la partición, y por el contrario, el artículo 1074 CC no distingue entre las diversas clases de partición, por lo que la única salvedad será la recogida en el artículo 1075 CC. En definitiva, la partición realizada por el fiduciario, se somete a la excepción del 1075 CC, sin que quepa por lo tanto la acción de rescisión por causa de la lesión del artículo 1074 CC.

En cualquier caso y aunque el supérstite tuviese sólo la facultad estricta de partir, sin haber sido autorizado por el testador para mejorar, su actuación es de mayor contenido que la de un contador partidor del 1.057 CC, ya que no tiene que guardar celosamente la debida igualdad que se propugna en el artículo 1.061 CC; su actuación de partidor se equipararía a la partición del testador mencionada en el 1.056 CC, y además lo sería con la posibilidad de aplicar en su completa extensión el segundo párrafo de este artículo, lo que comentaremos más detenidamente.

En este caso, es de notar que no sería con sujeción a los requisitos del tercer párrafo del artículo 1.057 CC; pero especialmente se discute si esa partición sería rescindible por causa de la lesión en más de la cuarta parte de los bienes adjudicados prevista en el 1.074 CC; si nos inclinamos por su inaplicación, a los perjudicados sólo

les quedarían las acciones reguladas en el 1.075 CC, que recoge que la partición hecha por el propio difunto sólo puede ser impugnada cuando perjudique las legítimas ó se presuma que fue otra la voluntad del testador. En definitiva, se equipara la partición del supérstite a la del mismo testador.

SEDA HERMOSIN⁵⁹ considera que se trata de un título de atribución y determinación de cuotas. Para este autor, el título de atribución y la correspondiente cuota de participación en la herencia debe ser especificada antes de la partición. Es decir, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a esa partición. Si no lo está, no cabe que haga la partición.

En consecuencia, como ya hemos sostenido, hay una equivalencia a la partición realizada por el testador, y por lo tanto, el fiduciario tiene unos poderes, por lo que se refiere a la partición, iguales a los que tenía su causante, y la partición que él realice es de la misma fuerza que la partición realizada por el mismo testador. En conclusión, las facultades particionales del cónyuge viudo fiduciario conforme el artículo 831 CC, son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador.

Como explicó en sede del viejo precepto LACRUZ BERDEJO⁶⁰, la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; de otra señalar los bienes que deben integrar cada cuota; así pues, puede limitarse a uno u otros. En definitiva es mucho más que un contador partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el testador, con aplicación del artículo 1056 CC y sometida a las mismas reglas.

A mi juicio y en conclusión, la partición hecha por el fiduciario es la del artículo 1056 CC es del mismo porte que la realizada por el testador, tal cual si la hubiera verificado aquel. Pero la diferencia está en que así como en el 1056 CC el partidor vive al confeccionar las operaciones, en el 831 CC, ha fallecido ya, y aunque la partición

⁵⁹SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 266 y s.s.)

⁶⁰LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil” Tomo V. Sucesiones – 4ª Edición de Editorial Dykinson S.L. 2004, ISBN 84-9772-323-6 y otra de 2009 ISBN: 9788498497311. (páginas 357 y s.s.)

surta sus efectos en los mismos términos que la partición del testador, no puede ser modificada por aquel. Así pues, se sujetarán ambas a las rescisiones especiales del artículo 1075 CC, que hace excepción a la mencionada en el artículo 1074 CC (rescisión por causa de la lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes adjudicados); pero si en el artículo 1056 CC, la partición hecha en testamento era esencialmente revocable por el mismo testador, y solo producía efectos tras su muerte; la verificada en actos *inter vivos* entre el testador y sus herederos, también producía sus efectos tras la muerte del causante, pero solo era revocable por otro documento suscrito por los mismos que participaron en la partición *inter vivos* (en los términos del artículo 1271 CC en relación con el mismo 1056 CC). En la partición realizada por el delegado conforme la fiducia concedida en virtud del artículo 831 CC, igualmente es revocable por el mismo fiduciario cuando la ha realizado en sus disposiciones de última voluntad –si es que estaba autorizado para realizarla así–, y la realizada en actos de disposición *inter vivos*, bien sea total o parcialmente, en uno o varios actos de adjudicación, conforme relata el texto del precepto, solo serán revocables en la medida que lo permita el vehículo o instrumento que se utilizó para realizar la mejora, adjudicación, atribución o partición en su caso. En definitiva, son iguales, pero con la única diferencia de que en la partición realizada por el fiduciario, la voluntad del testador está delegada en cuanto a esa materia en el supérstite, de forma que no cabrá alegar el inciso final del artículo 1075 CC (<<...o de que aparezca, o racionalmente se presuma que fuera otra la voluntad del testador>>), ya que esa voluntad está delegada e insita en la del fiduciario mismo. Solo cabría presumir que no quiso el testador conceder la fiducia, pero no cual fuera su voluntad, que está delegada, salvo las limitaciones mencionadas expresamente en el testamento, que no serán presunciones, y naturalmente el límite de las legítimas que mencionan los arts. 831 y 1075 ambos del CC.

Esto no obstante, como hemos sostenido, en el caso de la fiducia del artículo 831 CC conforme la redacción de 2003, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, pues recordemos que puede utilizar bienes de la comunidad post-ganancial para conformar los lotes y adjudicaciones; además, también parece que, como veremos, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo siempre que no conculque lo ordenado en el testamento.

8.- LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El artículo 831 CC establece «...y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». De manera que el artículo 831 CC al conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, lo que está concediendo es liquidar unilateralmente la sociedad conyugal disuelta. Además, el párrafo 3º del apartado 3 establece «Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades», de forma que el viudo puede pagar las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de bienes pertenecientes a él, que pueden o no ser los que resulten adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal.

Más adelante (capítulo XII) veremos detenidamente las cuestiones que plantea esta forma de liquidación de la sociedad conyugal y la combinación con la distribución del fiduciario.

La cuestión de si puede el fiduciario que es cónyuge superviviente liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales o en su caso la sociedad conyugal. Veremos que esa liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, se deberá prever en el testamento con el nombramiento de contador partidor con esta única finalidad, de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge supérstite. Con esto se evitaría la concurrencia de intereses.

Ciertamente el legislador ha optado por las ideas más prácticas: «... y en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquida.». También del inciso final del último párrafo del n º 4 se deduce: «... suficientemente satisfechas aunque en todo ó en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.». No estaba prevista la facultad de liquidar la sociedad conyugal, pero la práctica había ideado mecanismos para sin colisión de la norma, ordenar una partición conjunta del caudal del finado y el del supérstite. Así, era habitual la inclusión en el testamento, junto con la facultad del 831 CC, de una liquidación de la sociedad conyugal y distribución conjunta

del caudal propio y el del cónyuge; y también en el testamento del supérstite, una distribución conjunta del caudal propio y del haber del premuerto y en otras ocasiones, la liquidación de la sociedad conyugal se hacía innecesaria, porque ningún legitimario lo exigía, y si el propio supérstite no lo pretendía, relegándose todo a la partición hecha en el testamento del supérstite (esto se facilitaba normalmente por la coexistencia con el usufructo universal del viudo, que le evitaba la necesidad de liquidación). Todo esto lo veremos más adelante con detenimiento (Capítulo XII).

9.- LA POSIBILIDAD DE NOMBRAR HEREDEROS O LEGATARIOS.

El artículo 831 CC afirma que el cónyuge delegado podrá ejercitar las facultades concedidas *«por cualquier título o concepto sucesorio o particiones»*.

La interpretación más flexible (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶¹), que no es la nuestra, se soporta en la idea de que el «título o concepto sucesorio» debe referirse á los conceptos de heredero o legatario. Porque en principio, no parece existir otro «título sucesorio». Así pues, el fiduciario, con la primera lectura del precepto, por lo que se refiere a este punto, pudiera ser un heredero de confianza. Lo que no compartimos porque en este caso, contradice los principios generales del Código Civil en orden a estas instituciones: están prohibidas, como ya hemos estudiado y comentado suficientemente en los capítulos previos de los antecedentes históricos. No parece aceptable que lo que histórica y tradicionalmente fue desterrado de los proyectos, anteproyectos y borradores del Código de Derecho civil común, ahora, con una redacción para defensa y protección de los incapacitados y discapacitados, revolucione y cambie toda la tradición jurídica española.

Pero hay otros inconvenientes: en primer lugar, no aclara el precepto si el «título o concepto sucesorio» debe establecerse por el testador, limitándose su cónyuge a adjudicar o atribuir bienes, de acuerdo con título previamente señalado o si podrá el cónyuge facultado instituir herederos o legatarios, con respeto a los nombramientos efectuados por el causante, lo que coincidiría con la tesis flexible de la interpretación del precepto. A mi juicio, a diferencia de la herencia de confianza, estamos ante una fiducia para mejorar y distribuir, pero no más, porque el estatuto de heredero tiene en si mismo connotaciones que escapan de cualquier delegación en el CC.

⁶¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag. 1122).

Por eso matiza esta autora (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶²) su opinión en el sentido de que esta última interpretación parece ser más acorde con el sentido literal de la frase y con el análisis conjunto del precepto. Pero a mi juicio, aunque sería loable que el alcance del nuevo precepto, permitiese decir que nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria en toda su extensión, lo que sería casi una auténtica herencia de confianza, lo cierto es que se debe interpretar el texto en relación con los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social en que debe aplicarse. Respecto de lo primero –considerarlo casi una herencia de confianza-, es claro que colisiona con esos antecedentes. Pero respecto de lo segundo –darle máxima amplitud-, son patentes las demandas de la sociedad en aras de una completa organización de la sucesión ordenada de los patrimonios de los cónyuges de forma acompañada y estructurada, sobre todo, cuando se trata de la protección de un hijo o descendiente común discapacitado.

Piénsese que, de aceptar esta tesis extensiva, reconocedora de amplísimas facultades para el fiduciario, las más extensas posibles, la figura se aproximaría prácticamente a la de una herencia de confianza, tal como ocurre en Navarra y Cataluña, y ya en esta tesitura, el heredero podría ser instituido por el cónyuge facultado como heredero puro y simple, bajo condición, término o modo, heredero fiduciario y heredero fideicomisario..., de igual modo podrá proceder en el nombramiento de legatarios. Se trata de algo muy distinto de lo que se pretendió en la primera redacción que se le dio al artículo 831 CC, tal como hemos ya analizado en los capítulos que relatan la fase codificadora.

En consecuencia, si aceptamos esta postura, mientras no se realicen los nombramientos, ni los nombrados herederos, ni los legatarios podrían aceptar o repudiar la herencia o recibir sus legados. (cfr. art. 991 CC). Los efectos de tales nombramientos se retrotraerán al momento de la muerte del cónyuge difunto, una vez que los instituidos acepten la herencia (cfr. art. 989 CC). En definitiva se abriría un nuevo campo para la adquisición de los bienes hereditarios, y la sucesión fideicomisaria no sería la única vía de llamamiento de los aún no concebidos (RUEDA ESTEBAN⁶³)

Además, el «título o concepto sucesorio» debe referirse a la herencia del difunto, pues tendría muy poco sentido realizar varios actos en «concepto sucesorio» ya sean

⁶²LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (nota anterior, pag. 1123 y s.s.).

⁶³RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional...” (Op. Cit. página 178 y 179).

simultáneos o sucesivos, referido a la propia herencia del cónyuge facultado aunque solamente sea porque, en tal caso, van a tener efectos todos a la vez: el momento de la muerte del cónyuge disponente (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶⁴).

De aceptar la tendencia más conservadora, a la que me uno, la institución de herederos o legatarios será una potestad exclusiva del testador, que el fiduciario acatará y se limitará a la partición y adjudicación de bienes a favor de los llamados en cualquier concepto. Pero en este caso, el contenido del precepto se limita a que el fiduciario es tan solo un contador partidor con las más amplias facultades, de manera que solo mejorará dentro de los márgenes que le haya permitido el testador y en cuanto a los bienes sobre los que no haya dispuesto ni establecido legado alguno, y por supuesto, exclusivamente a favor de los instituidos herederos, que de serlo en porciones exactas, dejaría poco margen de actuación a ese fiduciario. En definitiva, su campo de actuación se limitaría a los aspectos respecto de los que no hubiese dispuesto el causante, y tan solo a favor de los designados en el testamento como herederos.

Si creemos, que podría mejorar a uno de los hijos o descendientes comunes con bienes concretos o parte de los mismos, lo que produciría los mismos efectos que la designación y entrega de un legado, pero con un título nuevo que sería el de la entrega del bien en ejercicio o ejecución de la institución de una fiducia (por la vía del 831 CC). Pero en absoluto debemos aceptar que el fiduciario pueda designar ni muchísimo menos que pueda instituir herederos, porque esto sería incluir en el ámbito del 831 CC, la herencia de confianza prohibida en el Código Civil y tan distinta en sus efectos.

10.-OTRAS POSIBLES FACULTADES

Más allá del puro tenor literal del artículo, la doctrina se viene preguntando con las sucesivas versiones del precepto por la concurrencia de otras posibles facultades implícitas a la delegación de la facultad de mejorar y distribuir, tales como la posibilidad de liquidar la sociedad conyugal que anteriormente hemos visto o la de atribuir la empresa familiar en los términos del artículo 1056.2 del CC.

En cuanto a la posibilidad de atribuir la empresa familiar según lo previsto en el artículo 1056.2 CC, tras su reforma operada por Ley 7/2003, sostendremos la postura afirmativa, lo que veremos detenidamente (en el capítulo XIV), estimando que el

⁶⁴LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. páginas 1123 y s.s.)

comisionado en virtud del artículo 831 CC puede atribuir la empresa familiar en los términos legalmente previstos, pues ello cohonesta con la finalidad primigenia de la delegación de facultades y con el poder del delegado de satisfacer las legítimas en metálico cuando esto sea posible. Es más, esta teoría la sostuve⁶⁵ anteriormente, ya que la finalidad práctica más útil del nuevo artículo 831 CC va a ser especialmente la de facilitar la transmisión de la empresa familiar con los nuevos parámetros establecidos tras la reforma de 2003. Ahora bien, como señalamos⁶⁶, lo que no podrá el comisionado es atribuir la empresa fuera del círculo de destinatarios de la fiducia (descendientes comunes); este es el ámbito personal que el artículo 831 marca mientras que el artículo 1056.2 en su redacción actual permite no obstante, al testador o contador-partidor designado, hacer otras cosas, como nombrar un adjudicatario distinto de aquellos sujetos, que incluso puede ser un extraño al círculo familiar (Veremos esta cuestión en el capítulo correspondiente). En mi opinión, siguiendo la tesis que sustentó en su día GARRIDO DE PALMA⁶⁷, el causante puede atribuir al fiduciario, por ejemplo, la posibilidad de que valore la conducta posterior del justamente desheredado, dejando a su arbitrio la apreciación del arrepentimiento y en consecuencia del perdón oportuno. A juicio de GARCÍA RUBIO⁶⁸ tal criterio se concilia con el tenor del artículo 856 del CC que claramente alude, para producir el efecto sanatorio, a una reconciliación entre ofensor y ofendido, situación que implica una actuación de carácter bilateral y personalísima. Sobre esta cuestión nos detendremos en capítulo posterior.

11.- LO QUE ESTA PROHIBIDO HACER AL DELEGADO

El artículo 831 CC, como hemos visto, faculta al cónyuge supérstite a mejorar y a adjudicar o atribuir con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición, más facultades que éstas no son posible, pero menos sí. No es posible traspasar los límites, del artículo 831 CC. Por ejemplo, se consideran traspasados: cuando se autorice al viudo a modificar el testamento del difunto, o hacer por él el testamento o a instituir herederos: cuando la facultad pueda ejercerla entre hijos o descendientes comunes y no comunes; no podrá autorizarse para desheredar a ninguno de los hijos y

⁶⁵RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional...” (Op. Cit. página 202 y 203).

⁶⁶RUEDA ESTEBAN L. “El artículo...” (Nota anterior en 203).

⁶⁷GARRIDO DE PALMA, V.M.”Visión notarial...” (en nota anterior, pags 126 y s.s.)

⁶⁸GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit.pag. 97 y s.s.).

descendientes comunes; no se podrá autorizar para ejercitar la facultad perjudicando las legítimas estrictas, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes; ni perjudicando las legítimas ni las disposiciones del causante cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común; tampoco puede el testador autorizar al cónyuge sobreviviente para establecer una sustitución fideicomisaria a favor de quienes no pueden ser mejorados conforme el texto de 831 CC –hijos y descendientes comunes-; pero a nuestro juicio, como veremos en el capítulo XV, si se podrían establecer sustituciones fideicomisarias sobre las partes susceptibles de emplear como mejora –tercios de mejora y de libre disposición- siempre que fuese a favor de hijos o descendientes comunes –que sería una forma de mejorar-, la cuestión es si se podría establecer esa sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado (art. 782 CC), ya que el delegado sólo está facultado para mejorar con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición, debiendo respetar las legítimas estrictas. Todas estas cuestiones las vamos a analizar detenidamente en los puntos que siguen en los próximos capítulos donde nos ocuparemos de los legitimarios y de la posibilidad de ordenar sustituciones fideicomisarias por parte del delegado.

CONCLUSIONES

1.- Aún cuando las facultades del delegado se encuentran en sede de la mejora, tienen un contenido que supera el tratamiento de la clásica figura del delegado con facultad de mejorar, pues puede decidir sobre la atribución de dos tercios del caudal, lo que supone mejorar de forma tácita con el tercio de libre disposición. Se trata de un negocio ordenador de la sucesión que constituye una excepción al principio del personalismo formal.

Es una fiducia limitada a la facultad distributiva-partitiva con cierta maniobra para mejorar dentro de un círculo limitado de personas.

En definitiva, es una auténtica fiducia porque tiene contenido fiduciario, y la partición del delegado se somete a las reglas de la partición del causante (1056 CC) y no a las de los contadores partidores (1057).

2.- Las funciones del delegado son, desde un aspecto general, como las de un auténtico contador partidor con facultades muy superiores, casi excepcionales, de

manera que se trata de una partición con las mismas exigencias y efectos que si las realizase el propio causante.

Esta partición ofrece la particularidad de que el fiduciario puede realizar el pago de las legítimas tanto con bienes de la herencia como con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar, e incluso con bienes propios. Esto supone la posibilidad de que la legítima sea pagada con bienes extra hereditarios.

3.- Las facultades del delegado son tan importantes, que puede realizar todas las actuaciones de partición, tal cual si se tratase de un causante. Pero esto, no quiere decir que sea como el testador, porque no se encuentra en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de este. En definitiva, puede partir, distribuir, mejorar, adjudicar, pero no puede en absoluto instituir herederos, lo que corresponde exclusivamente al causante de la sucesión.

4.- El cónyuge fiduciario está facultado pero no obligado por el testador. Se trata de una concesión u obligación con facultades, no de un mandato-orden.

El efecto práctico que esto supone, es el de una organización del patrimonio y sucesión de familias con intereses distintos –incluso a veces contrapuestos-. Los bienes, no se reparten hasta que fallece el segundo de los progenitores.

5.- El delegado puede mejorar tanto *inter vivos* como *mortis causa*, si bien, las atribuciones y mejoras realizadas por el facultado a favor de sus descendientes por actos *inter vivos*, no pueden ser consideradas donaciones.

La mejora puede ser total o parcial, sin que el comisionado pueda ser obligado a hacerlo de la totalidad de la herencia. Cabe que sea de cosa –con o sin delimitación de cuota- o de cuota –con o sin asignación de cosa-.

6.- Las facultades del fiduciario se resumen en:

a).-Mejorar a los hijos comunes (facultad clásica y única en la anterior redacción del 831 CC).

b).-Señalar cuotas a los hijos y descendientes comunes dentro de los tercios de mejora y de libre disposición.

c).-Atribuir bienes concretos y específicos, bien directamente, o en cumplimiento de una cuota previamente señalada por el testador.

d).- Entregar bienes específicos o determinados, tal cual si se tratase de legados.

e).- Realizar la partición en los mismos términos que si se tratase del testador (1056). Por lo tanto, no está sujeto a la obligada igualdad exigida por los artículos 1061

y 1062 CC.

f).-La partición realizada por el fiduciario, no podrá ser impugnada por causa de la lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes adjudicados, porque está realizada por persona con las mismas facultades que el testador y no por los herederos o por un contador partidor.

g).- Puede ordenar el pago de la legítima en metálico, en los términos del artículo 841 y siguientes del Código Civil.

h).- Puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga.

i).- Puede, en ciertas circunstancias, ordenar sustituciones fideicomisarias y fideicomisos (capítulo XV).

7.- La facultad de mejorar debe interpretarse encuadrada en el más extenso campo de actuación: tanto expresa como tácitamente y no solo el tercio de mejora sino también con el de libre disposición.

8.- Tras la redacción más moderna del artículo 831 CC del año 2003, se conceden al fiduciario unas facultades y muy superiores a las clásicas y ya antiguas. En este sentido, se habla de “adjudicar y atribuir” que supera el término distribuir, lo que hace que las facultades del delegado sean muy superiores a las del contador partidor.

9.- El fiduciario, al hacer atribuciones y adjudicaciones, tendrá que respetar el derecho del discapacitado al uso de la vivienda habitual del testador (conforme el artículo 822 CC). Salvo que el testador hubiere dispuesto de otras cosas, el fiduciario deberá velar, porque se le atribuya un derecho de uso y habitación sobre la vivienda habitual al legitimario discapacitado que lo necesite y conviva con el fallecido.

10.- La partición del fiduciario es del mismo porte que la realizada por el testador (1056 CC), como si la hubiera realizado este. Pero a diferencia de la realizada por el testador -que vive al partir-, en la del delegado, el testador ha fallecido ya, y si la hizo, no puede ser modificada a menos que el fiduciario la haya realizado en su testamento. Esta partición del fiduciario, no puede ser rescindida por causa de la lesión (1075 CC). La partición realizada por el delegado es revocable unilateralmente por él mismo, si la realizó en disposiciones de última voluntad (siempre que estuviese el fiduciario autorizado para hacer la partición de esta forma).

Si la partición del fiduciario lo fue en actos de disposición *inter vivos*, bien fuere total o parcialmente, en uno o varios actos, solo serán revocables en la medida que lo permita el instrumento que se utilizó para esa partición; y de otra forma, requerirá para

su revocación el consentimiento de todos los que intervinieron en ella.

11.- La institución de herederos o de legatarios será una potestad exclusiva del testador, que el delegado acatará, limitándose a la partición y adjudicación de bienes a favor de los llamados a la sucesión por cualquiera de esos conceptos.

En cualquier caso, este delegado solo mejorará dentro de los márgenes que le haya permitido el testador y en cuanto a los bienes sobre los que no haya dispuesto ni establecido legado alguno, y a favor de los instituidos herederos, que de serlo por el testador en porciones y adjudicaciones exactas, dejará poco margen de actuación al fiduciario.

12.- Está prohibido al delegado y no puede hacerse delegación de esto en el testamento del delegante:

a).- Autorizar al supérstite la modificación del testamento del causante.

b).- Hacer por él el testamento o a instituir herederos.

c).- Cuando la facultad pueda ejercerla entre hijos o descendientes comunes y no comunes, no se podrá autorizar al delegado para desheredar a ninguno de los hijos y descendientes comunes (y desde luego, no puede hacerlo respecto de los no comunes)..

d).- No se podrá autorizar al delegado para ejercitar la facultad perjudicando las legítimas estrictas, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes.

e).- No podrán perjudicar las legítimas ni las disposiciones del causante cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. Pero es que, tampoco se pueden hacer mejoras que no hubiere ordenado el causante específicamente, a favor de estos.

f).- No puede el testador, autorizar al cónyuge sobreviviente para establecer una sustitución fideicomisaria a favor de quienes no pueden ser mejorados conforme el texto de 831 CC.

CAPITULO UNDÉCIMO (XI).-FACULTADES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE: SUS LÍMITES.

1.- INTRODUCCION: CONSIDERACIÓN HISTORICA DE LOS LÍMITES TRADICIONALES DEL 831.

Tradicionalmente, las versiones del artículo 831 CC anteriores a la actual de 2003, estuvieron encorsetadas en los parámetros de la prevención contra los pactos sucesorios. De esta forma, nos encontramos que la doctrina se desenvolvía entre las aguas de la libertad de testar y la prohibición general de los pactos sucesorios. Por lo tanto, existieron dos grandes bloques de limitaciones: de una parte las que se derivaban de los principios generales de las legítimas y las prohibiciones de los pactos sucesorios en el Código Civil, y por otra, las que provenían de las facultades que corresponden al testador y las que son propias del delegado, que no coinciden.

1.1.- Límites derivados de la relación entre el 831 CC y otros principios y artículos del Código Civil. Referencia histórica sobre los límites tradicionales del artículo 831 CC.

Antes de la reforma de 2003, para BERMEJO PUMAR¹, la voluntad del testador o del causante que rige la sucesión, no podía impedir que se impugnase el testamento en los casos en que hubiese nulidad declarada por la ley (art. 675-2 CC). Por tanto, no era indiferente la interpretación que mereciese el artículo 831 CC, ya que de seguirse la tradicional (ejecutor especial) o de sujeción a las normas de la mejora tanto en la concesión como en el ejercicio de la facultad de mejorar, el artículo 831 CC merecería el tratamiento de norma especial o excepcional. Sería norma excepcional, si en él se previesen consecuencias marginales o contrarias a los principios generales del Derecho. En este sentido se citaron como excepcionales, los principios de Derecho sucesorio que inspiran el contenido de los artículos 1.271, 669, 670, 1.057, 1.051 del CC. A éstos, repetidos por los comentaristas, se podrían añadir otros, ya que los fines prácticos que se obtienen por medio del 831 CC podrían vulnerar las prohibiciones de los artículos 794, 813, 820-3, 824 del CC.

BERMEJO PUMAR², sostuvo la especialidad del artículo 831 CC. A su juicio, la norma

¹BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge).” Consejo General del Notariado, 2001. ISBN: 84-95176-08-4 (pag 193 y s.s.)

²BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. pag 193 y 194)

era especial debido a la singularidad de la materia regulada. Hoy, tras la reforma de 2003, no hay duda de esta especialidad. Pero más aún, tal como vengo repitiendo, nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria.

En los antiguos textos, el artículo 831 CC no podría considerarse como excepcional, pero bajo la redacción anterior, MUCIUS SCAEVOLA³ lo consideró como un pacto sucesorio, más complejo que un sencillo convenio.

En definitiva, los límites derivados del principio de libertad de testar protegidos por los artículos 670 y 669 del CC, hacen que este principio sea un derecho irrenunciable en Derecho común. Se excluyen no sólo cualquier tipo de pactos sucesorios no admitidos, sino también la de aquellas formas de manifestación de última voluntad que puedan favorecer acciones o actos que impidan la libertad de testar; así, es nula la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento disposición a favor del testador o de otra persona (artículo 794 CC). Lo que no tiene en cambio duda, es que el artículo 794 CC no tiene nada que ver con la regulación de la mejora, régimen al que sí pertenece el artículo 831 CC. Sin embargo, los artículos 827⁴ y 831 del CC permiten más que un testamento mancomunado; por lo tanto, en el régimen de la mejora cabe el pacto en esa forma indirecta. En consecuencia, puede decirse que en la práctica, la prohibición de testamento mancomunado no tiene sentido cuando aquél tenga por exclusivo contenido ordenar mejoras; aun cuando el soporte jurídico de una y otra forma de mejorar son totalmente diferentes. Mientras las capitulaciones son un pacto, sigue siendo de esencia en el testamento que cada persona otorgue el suyo. No obstante, el resultado práctico puede acabar siendo igual en ambos casos.

Por todo lo expuesto y en principio, tampoco es claro que el artículo 831 CC sea excepción al párrafo primero del artículo 670 CC, pues aun en el caso de que el cónyuge sobreviviente realice la encomienda en testamento, no lo hace en el de otro, sino en el suyo propio. No obstante, creo que el art 670 CC debe interpretarse tanto en el sentido de un instrumento para cada persona y cada uno el suyo propio, porque cuando habla de “no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de tercero” se está refiriendo a la incidencia directa de ese tercero en las disposiciones de ese testamento, cosa que ocurre con la fiducia, por mucho que el fiduciario incluya sus disposiciones, no en el testamento del

³SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil XIV”. Madrid 1918 (Pág. 588). Reedición “Código Civil comentado y concordado”. Edición 4ª Madrid 1944 (Pág. 641 y s.s.). Decía que «por la somera lectura del artículo se viene en rápido conocimiento de que no se trata de una convención sencilla, meramente circunscrita a la materia especial de mejora, sino de un verdadero pacto sucesorio, que afecta a la doctrina de la testamentificación».

⁴ “La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”

delegante sino en el suyo propio. Por lo tanto, entenderemos que el 670 CC es la regla y el 831 la excepción principal, aunque haya otras como son la sustitución pupilar o la ejemplar.

Entiende BERMEJO PUMAR⁵, además, que el artículo 831 CC no tiene por qué estar comprendido en los términos del artículo 670 CC, no tanto por razón del instrumento en el que se ordene o pacte la delegación, sino por sus efectos. El designado por el cónyuge viudo ocupa una posición de mejorado y no de heredero o legatario porque esa posición ya la tenía por razón de la sucesión del delegante, que es el único que decide si quiere instituir a sus sucesores como herederos o como legatarios, y, además es que la condición de mejorado es compatible con ser heredero o legatario. El 831 CC no faculta expresamente para instituir heredero o para ordenar legados (acto testamentario, cuando el presupuesto era el *ab intestato*), lo único que se permite al cónyuge facultado es mejorar (interpretación del 831 CC en su redacción anterior a la reforma de 2003). La propia concesión de la facultad asegura al cónyuge una posición que no responde a estos conceptos ni a los llamamientos del artículo 658 CC.

No obstante, la interpretación del 831 CC debía (redacción anterior a 2003) hacerse conforme al sistema de mejoras, ya que se encuentra en la sección que las regula y se refiere a ellas. Por tanto, para esta autora, no es excepción a los principios que inspiran la ordenación de la sucesión en el Código Civil, sino que puede encontrar justificación en él. Actualmente, a mi juicio, con la nueva redacción, nos encontramos ante una autentica fiducia sucesoria, con facultades superiores a las de mejorar, y aunque la ubicación del precepto no haya cambiado, es indudable que tenemos una figura con contenido muy superior al de una simple mejora.

1.2.- Límites derivados de la voluntad del concedente (convenidos o fijados unilateralmente). La fijación de los límites a la fiducia corresponde al causante, no al cónyuge facultado; otra cosa es lo que puede hacer el cónyuge facultado, pero no el causante, como veremos.

Antes y después de la modificación sustancial del artículo 831 CC, la doctrina interpretó de forma flexible el artículo 831 CC. MANRESA NAVARRO⁶ consideró claramente ilícitos los pactos sucesorios (esto es, los contrarios a las legítimas, mejoras, y a la condición de no contraer nuevo matrimonio), aparte de los que resultan del texto del artículo; también los

⁵BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. pag 194 y s.s.)

⁶MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil Español”. Madrid 1951. Llega a la conclusión de que estaba prohibida la distribución del tercio libre entre los que no eran descendientes comunes.(pag 833) Recogido también por BERMEJO PUMAR, en su obra citada, en pag. 196.

pactos que permitían distribuir el tercio libre entre los que no eran descendientes comunes (hoy caduco). En la ilicitud de estos pactos coincidieron SÁNCHEZ ROMAN⁷ y SCAEVOLA⁸.

SECO CARO⁹ estudió las distintas cláusulas que en su opinión podían pactarse o establecerse: y de ellas, admitía determinación de cuotas, de bienes, de fin, de personas dentro de los hijos comunes, de plazo; consideró discutible el pacto de delegación en un contador-partidor; y no aceptó (por estar prohibido al ser de herencia futura) el de no testar en contra.

SANS URANGA¹⁰ opinó que «mientras no se traspasen estos linderos todo pacto moral es lícito». SAPENA TOMAS¹¹, por su parte, consideró que caben «condiciones, plazos y modos que se estimen convenientes y posibles fueren conformes a la normativa sucesoria» y «que no desnaturalicen la figura».

Para BERMEJO PUMAR¹², (con la redacción de 13 de mayo de 1981), el artículo tenía un doble contenido: admitía la concesión de una facultad en atención a un presupuesto e imponía unos límites genéricos al contenido de esta facultad. Permitía al causante ceder un poder jurídico que le pertenecía con carácter personalísimo, el de distribuir sus bienes y mejorar (como también es personalísimo el de ordenar la sucesión por pacto allí donde se admite). No impone restricciones por razón del fin. Por tanto los efectos de la norma eran todos aquellos que podían lograrse en su aplicación. Era una norma elástica, dúctil, y adaptable al uso que se pretendiese hacer de ella. Pero no cabía en ella todo lo no excluido de forma expresa, y de ahí, que no pudiera verse en el cónyuge viudo el *alter ego* del causante de manera que todo lo que el premuerto pudiera hacer, lo debería poder hacer el sobreviviente. Interpretación cómoda, pero el arbitrio del cónyuge sobreviviente debía plegarse a ciertos

⁷SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y los cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla” Tomo VI y también en “El Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Estudio tipográfico “Sucesiones Ribadeneyra”. Tomos IV y VI – Madrid 1910. (Del primero se encuentra en la página 1222).

⁸SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil XIV”. (Op. Cit. Pág. 588). Reedición “Código Civil comentado y concordado”. (Op. Cit. Pág. 605)

⁹SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo”. Estudios sobre el artículo 831 del Código Civil Español. Barcelona 1960. (Pág. 144 y 145)

¹⁰SANS URANGA, F. “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial. Enero- Marzo de 1976 (Pág. 379 a 394) (especialmente pág. 393).

¹¹SAPENA TOMÁS, J. “La fiducia conyugal (art. 831 del Código Civil)” en obra homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. (Pág. 907 a 985) (en especial 959 a 961).

¹²BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. páginas 196 y 197).

límites que resultaban: del contenido de sus facultades, de la voluntad que regía la sucesión por acción o por omisión (la del causante) y los que resultasen de confrontar este precepto con los demás de su mismo sistema.

Pero con aquel texto de 1981, el cónyuge viudo facultado gracias al 831 CC, no estaba en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste. Por una parte, el viudo no podía hacer lo mismo que el causante porque actuaba en la sucesión de otro y sólo sobre los bienes propios de otro, sin los recursos propios del causante. En otro orden, el cónyuge como simple delegado, además de serlo en consideración a su condición personal, no podía subdelegar en otro ninguna de las facultades que se le atribuían, ni se le podía permitir que así lo hiciese, pues excedía del poder jurídico del causante. Ni siquiera en uno de los mejorados, ya que esta delegación tampoco la tenía el causante. Por lo que, por otra parte, el viudo podía llevar a cabo, en los bienes del difunto, actos que, sin embargo, el causante no había podido realizar (si se interpreta la herencia futura como herencia no abierta); y el artículo 831 CC, de acuerdo con la naturaleza de los actos para los que se faculta al cónyuge, no se somete a los límites de los artículos 816 y 1271 del CC. (BERMEJO PUMAR¹³).

Hoy, todo esto es historia, porque la redacción dada al 831 CC desde la reforma de 2003, ha creado una figura absolutamente moderna, en el sentido de su consideración como auténtica fiducia, por lo que los límites que la modelan son otros.

En definitiva, son dos los grandes grupos sobre los que se establecen los límites a las facultades del fiduciario: en primer lugar el grupo de personas que pueden ser beneficiados, esto es, aquellos a quienes se puede mejorar o a favor de los cuales se puede distribuir, adjudicar (ellos y sólo ellos); a este grupo de personas, ya nos hemos referido en capítulo anterior; en segundo lugar el de aquellos que no pueden ser perjudicados (legitimarios).

2.- POSIBLES MEJORADOS.

La facultad del 831 CC se circunscribe exclusivamente a favor de hijos ó descendientes comunes. Dice la norma en su literalidad: *«1.-... a favor de los hijos ó descendientes comunes...»*. Ya lo hemos estudiado en capítulo anterior cuando nos hemos referido a los elementos personales o subjetivos de la fiducia, pero entonces lo hicimos desde el punto de vista dinámico y como parte de la relación jurídica que se ha creado. Ahora sin perjuicio de remitirnos a lo analizado antes, lo haremos desde la perspectiva de los límites que tiene el fiduciario en el ejercicio de su delegación.

¹³BERMEJO PUMAR, M.M. “El artículo 831...” (en nota anterior, pag. 197)

Este límite ha sido a lo largo de los tiempos un foco enorme de interpretaciones. Desde los criterios restrictivos que han negado la posibilidad de mejorar a nietos y demás descendientes de ulterior grado (MORELL¹⁴, SÁNCHEZ ROMÁN¹⁵), hasta algunos defensores de esta doctrina que sólo admitían la excepción en el caso de no quedar sino nietos por haber muerto todos los hijos; y otras teorías que admitían la posibilidad sólo en el caso de que los nietos mejorados fuesen herederos abintestatos del padre premuerto (SECO CARO¹⁶, LACRUZ BERDEJO¹⁷); y para la doctrina o autores con un criterio más abierto, se admitía en todo caso el ejercicio de la facultad a favor de descendientes, opinión que compartía la mayoría de la doctrina (MANRESA, LACOSTE, BARRACHINA, VALVERDE, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, GARRIDO DE PALMA¹⁸); la razón era que aunque el literal del viejo precepto decía “hijos comunes”, se debía admitir que el viudo hiciese atribuciones a favor de cualquier descendiente común aunque no fuese un legitimario.

Hoy, con la vigente redacción, ya vimos que se consolidó esta última teoría y concluyen las discusiones, porque a lo largo del precepto no quedan dudas respecto a la doctrina amplia. «...*hijos y descendientes comunes...*»; y se refuerza con la parte disponible: «... *con cargo al tercio libre...*». Así pues, la discusión de si podían beneficiarse de las atribuciones los nietos que por vivir sus padres (hijos del causante) no serían propiamente legitimarios, era paralela a la de si aquellos podían ser mejorados. Sin perjuicio de la solución a la que se llegase en esta cuestión, que aquí no corresponde tratar, haremos constar que con la nueva y extensa redacción del 831 CC, no hay duda de la inclusión en el abanico de posibles beneficiarios, de cualesquiera descendientes, porque así lo recoge el precepto y ese es su espíritu de auténtica fiducia.

Aclarado esto y admitida la teoría de máxima inclusión de hijos ó descendientes de ulterior grado, el único problema que subsiste es el de los descendientes de ulterior grado

¹⁴MORELL Y TERRY, J. “Mejoras”. RGLJ. 1893. Tomo 83 (Pág. 272).

¹⁵SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y los cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla” (Op. Cit.) y “El Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. (Op. Cit. páginas 1223 y s.s.).

¹⁶SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo”. Estudios sobre el artículo 831...”. (Op. Cit. Pág. 145 y s.s.).

¹⁷LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Barcelona 1988, reimpreso en 1990. (Pág. 384 y s.s.).

¹⁸MANRESA, LACOSTE, BARRACHINA, VALVERDE, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, GARRIDO DE PALMA. Encasillados entre los de criterio abierto por Manuel DE LA CAMARA ALVAREZ en “Compendio de Derecho sucesorio”. 2ª Edición actualizada por Antonio DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO. Las Rozas (Madrid). 2012. (Antigua Edición de 1999). Entiende que supone una “manifestación especialísima de la fiducia testamentaria”. (pags 252 y 253).

nacidos. Si consideramos que su capacidad para suceder pasa por su existencia a la muerte del causante conforme las reglas básicas de la sucesión, sólo podrían ser mejorados los descendientes vivos al tiempo del óbito de su abuelo ó abuela concedente de la facultad o los *nascituri*. Si aceptamos la ficción de que la personalidad del causante continúa en su cónyuge supérstite, entonces sí podrían ser mejorados los nuevos descendientes nacidos en ese periodo de tiempo; en palabras de MANRESA NAVARRO¹⁹, “resulta manifiesta la intención del legislador de que el cónyuge que sobreviva sustituya al premuerto en todo en su facultad de mejorar”.

No obstante, como apunta VALLET DE GOYTISOLO²⁰, los descendientes de ulterior grado podrán ser mejorados ya sea directamente ó bien indirectamente mediante la sustitución fideicomisaria a su favor (ex artículo 772 CC en su inciso 2º, y con sujeción a los límites permitidos por el 781 CC). Y puesto que pueden ser destinatarios finales de los bienes cualesquiera descendientes, incluso los futuros, la expectativa de los actuales descendientes no sería un derecho transmisible (ni siquiera todos conjuntamente podrían disponer de bienes concretos).

En conclusión, la admisión de ésta forma de inclusión de descendientes, es conforme con la nueva redacción del precepto, pero condiciona y limita (a mi juicio impide) la disposición de bienes y cuotas²¹. Cuestión aparte es la utilización de la sustitución fideicomisaria por el supérstite como forma de mejora, que analizaremos posteriormente.

En cuanto al tiempo de la apreciación de la capacidad para suceder del posible beneficiario, se suscitan algunas dudas. La doctrina foralista ha discutido para las fiducias, cual sea el momento en que haya de entenderse producida la delación de la herencia: ¿En el momento de la muerte del causante ó en el del cumplimiento de la ejecución de la fiducia? Nosotros debemos distinguir que un supuesto (el foral) es el de la elección del sucesor y otro muy distinto (el del 831 CC) es el de la distribución y mejora de los bienes entre un grupo ya predeterminado de personas. A diferencia de las fiducias forales, en las que el fiduciario no había hecho elección de sucesores (por lo tanto no se ha producido la delación), en el 831 CC se determinan “hijos y descendientes” con lo que no hay lugar a dudas: está claro el círculo de llamados y pueden serlo unos u otros siempre que se respeten las legítimas (la delación se ha

¹⁹MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil Español”. Madrid 1951. (Tomo VI, página 828).

²⁰VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 419 y 420)

²¹ALVAREZ MORENO, M.T. La mejora en favor de los nietos, Madrid 2003, pg. 86 y ss.

producido ya desde la apertura de la sucesión).

Los ordenamientos forales entienden que la delación se produce en el momento de hacerse la designación, con lo que puede ser mejorado un *nasciturus* que adquiera su personalidad después del fallecimiento del causante (este aspecto lo recoge el artículo 133 de la Ley de Sucesiones de Aragón).

El 831 CC no menciona nada al respecto, pero señala un plazo supletorio a falta del establecido por el testador, lo que significa que si hacemos una interpretación extensiva y por analogía con las fiducias forales, puede ocurrir que un descendiente (puesto que en principio hijo común ya no habrá; si bien, puede haber un hijo común no solamente si es un *nasciturus*, sino también en el supuesto de laboratorio de un hijo habido por ambos cónyuges, si se ha dado un caso de fecundación *postmortem* conforme a lo dispuesto en el art 9.2 de la ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; conforme a ese precepto si el marido prestó su consentimiento en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, esa generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial) puede adquirir su capacidad para suceder en tiempo hábil posterior al de la apertura de la sucesión; piénsese en un nieto nacido con posterioridad al fallecimiento de su abuelo, que podría ser mejorado en los mismos términos que lo fuese un heredero fideicomisario (nietos nacederos...). En ese sentido, el artículo 164.3 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco así lo recoge («...entre las personas que ostentaren la condición de herederos forzosos al momento del fallecimiento del causante ó entre cualesquiera descendientes de éste, aún cuando vivan sus ascendientes y aquellos hubieren nacido con posterioridad al óbito del causante...»).

En conclusión, siguiendo a BLASCO GASCÓ²², se trata de un límite subjetivo o personal. Vigente la anterior redacción se suscitó la duda de si podían ser mejorados los nietos, dado que el precepto hablaba solamente de hijos. La duda está resuelta y hoy está muy claro que el cónyuge delegado puede mejorar y atribuir bienes a sus nietos, con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición, por tanto es posible que los nietos o alguno de ellos reciban dos tercios de la herencia.

La discusión que hemos expuesto, de si el precepto sería de aplicación existiendo hijos

²²BLASCO GASCÓ, F. “Derecho de Sucesiones: la mejora”. Editorial Tirant lo Blanch. Epígrafe 42. (Pág. 342 y s.s.).

o descendientes del causante no comunes ha sido resuelto en la actual redacción que se ocupa de los descendientes no comunes en el número 4 del artículo 831 CC.

En definitiva, la existencia de descendientes no comunes no impide la aplicación del precepto. Ahora bien, está claro que el fiduciario no puede mejorar a esos descendientes que lo son únicamente del testador (obviamente legitimarios de éste), porque el precepto no señala que el cónyuge delegado pueda recibir del causante ninguna facultad en relación con los hijos y descendientes no comunes. En el 831.4 no dice que le pueda otorgar esa delegación. Es mas es de esencia para la fiducia el que se trate de descendientes comunes. Así pues, aunque no parece equitativo que el supérstite pueda, en perjuicio de los hijos no comunes, mejorar solamente a los hijos comunes, se supone que el causante ya se habrá ocupado de esos hijos no comunes y será él quien haya hecho las disposiciones que considere oportunas al respecto. El único límite con respecto a estos hijos o descendientes no comunes (como con respecto a todos) es el respeto a las legítimas. O sea que si el delegante trata peor a los hijos no comunes que a los comunes dentro de los límites legales, está en su derecho de hacerlo, aunque los hijos no lo vean bien. No podemos extender la amplitud del 831 CC a otros casos porque es una norma excepcional. Por lo tanto, aceptaremos que la mejora lo sea exclusivamente a los descendientes comunes (porque así lo dice el artículo 831 CC) y respecto a los no comunes se estará a las mejoras determinadas por el testador.

3.- DISPOSICIONES DEL TESTADOR, LEGÍTIMAS Y LEGITIMARIOS.

Hay tres grandes límites relacionados con los legitimarios a los que se refiere el artículo 831 CC en su última redacción de 2003, que amplía y moderniza las redacciones anteriores de 1981 y la originaria. En los dos lugares preferentes, los límites relativos a los legitimarios: son los que se refieren por un lado al respeto de las legítimas estrictas de los descendientes comunes, y por otro, a la no alteración y respeto de las legítimas de los descendientes no comunes. Pero antes, también supone un límite importante el respeto de la voluntad del testador manifestada a través de las disposiciones que el mismo hubiese plasmado en el testamento que dio origen a la fiducia o en otro que por el último testamento se hubiere mantenido en vigor.

Distingue el actual precepto entre “hijos ó descendientes comunes con derecho a legítima” y “hijos ó descendientes del cónyuge premuerto (no comunes) con derecho a legítima”; además incluye mejoras y demás disposiciones del causante a favor de unos y otros e incluso de extraños (piénsese en legados hechos por el causante a favor de extraños en el

mismo testamento en que se concedió la facultad del 831 CC).

En principio, la facultad de mejorar concedida al fiduciario tendrá forzosamente, por un lado, los límites que existirían para el causante: el respeto a las legítimas estrictas. Este límite, que se ha recogido en las tres redacciones que ha tenido el artículo 831 CC, como señala ALPAÑÉS²³ no es, a juicio de SIERRA PEREZ²⁴, sino la repetición del más amplio concepto que se lee en el artículo 813 CC, el cual consagra la inviolabilidad de las legítimas como atribución legal. Pero como ya hemos anticipado, no solo es así, porque el otro límite con el que va a encontrarse el fiduciario es el que deriva de la propia voluntad del causante expresada a través de sus disposiciones testamentarias.

En conclusión, las limitaciones del fiduciario, básicamente son dos: el debido respeto a las legítimas y la observancia de las disposiciones que hubiese hecho el testador.

a.- Respeto a las legítimas: debe tenerse en cuenta todo el sistema legitimario del Código Civil, con especial mención a las nuevas posibilidades que ofrece la ley 41/2003 de 18 de Noviembre sobre protección patrimonial del discapacitado. (SEDA HERMOSIN²⁵). Pero es que, en la redacción del 831 CC, de 2003, como estudiaremos detenidamente, se distingue entre las de los descendientes comunes y las de los no comunes, para lo que dedica dos apartados del 831 CC: 831.3 para los comunes y 831.4 CC para los no comunes. En ellos se establece un distinto régimen de protección de los derechos legitimarios de unos y otros, lo que produce particulares efectos.

b.- Observancia y respeto a las disposiciones del testador. Se entienden por tales, no solo las disposiciones testamentarias sino cualesquiera otras que hubiese podido otorgar fuera del testamento, sean *inter-vivos* (donaciones, por ejemplo) o *mortis causa* (promesa de mejorar, pactos sucesorios permitidos...).

Veremos detenidamente cada uno de estos límites.

3.1.- LA OBSERVANCIA Y RESPETO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR.

El texto del artículo 831 CC, al regular el respeto de las legítimas, como hemos

²³ALPAÑÉS, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 194. Año 1953. (Pág. 307 y s.s.)

²⁴SIERRA PÉREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre (RCL 2003, 2695)”. Revista de Derecho patrimonial. ARANZADI-THOMSON-2007 (Pág. 89 a 121, especialmente 111 y 112).

²⁵SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES. (Pág. 274).

expuesto, distingue entre las de los descendientes comunes y las de los no comunes, para lo que dedica dos apartados, el 3 ° para los comunes y el 4 ° para los no comunes. En ellos se establece un distinto régimen de protección de los derechos legitimarios de unos y otros, pero además exige en varios lugares del texto la observancia de la voluntad del testador, lo que es previo a cualquier otro límite o cortapisa en las funciones del fiduciario, porque la institución proviene de esa voluntad.

Así pues, antes de entrar en cualquier disquisición sobre las diferencias entre legitimarios, veamos que limitaciones puede establecer el causante por su voluntad. La redacción del artículo 831 CC (en su vigente versión de 2003) ha sido más expresivo que sus antecedentes por lo que se refiere a la exigencia del respeto de la voluntad del causante: << 3. *El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar.....las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de estos.....se entenderán respetadas las disposiciones del causante*>> y posteriormente << 4. *La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará.....ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común*>>. Pero de este texto, el 831 CC no se refiere tan solo a disposiciones del testador a favor de descendientes, sean comunes o no, sino también a las disposiciones a favor de extraños o cualesquiera otras disposiciones, sean o no patrimoniales. Todas las disposiciones del testador vinculan al fiduciario, con el respeto oportuno de los derechos legitimarios, porque sus facultades y delegación están limitadas por la voluntad del causante y se desenvuelven en todo aquello que no haya sido dispuesto por el instituyente de la fiducia. En realidad el delegado solamente ocupará “el espacio vacío” que el delegante haya dejado sin ocupar.

Esta voluntad puede expresarse de varias formas: en primer lugar puede disponer de algunos de sus bienes en favor de personas distintas de sus descendientes: el límite es el del tercio de libre disposición; en segundo lugar pronunciándose sobre las consideraciones que debe tener en cuenta el fiduciario a la hora de llevar a cabo la distribución de sus bienes y en tercer lugar disponiendo directamente de una parte de sus bienes como mejora entre sus descendientes. Pero es que también puede expresarse sobre la forma de ejercer sus facultades el fiduciario: disponiendo restricciones de cualquier tipo que fuere a las facultades del fiduciario, o a la forma de ejercicio de las mismas, al tipo de actos por los que puede mejorar, la forma que habrán de revestir, el grupo concreto de personas a las que deba beneficiar, si debe hacerlo de una sola vez, si debe utilizar algún criterio específico a la hora de decidir a quién mejora, si establece algún término concreto, o si permite que las haga incluso en

testamento. Supongamos por ejemplo que permite que se hagan en testamento y que por tanto hasta el fallecimiento del delegado, éste (salvo disposición en otro sentido del delegante) mismo será el administrador. Todo eso durante un período de tiempo largo da lugar a muchas situaciones y dudas. Además, más adelante (capítulo XIII) veremos la posibilidad de que como administrador se le remunere (si fija una remuneración alta, lo cierto es que le está ofreciendo un sustento durante toda su vida, que sale de las herencias de los hijos y descendientes comunes, y que indirectamente podría suponer que el viudo recibiera más de lo que la ley permite (tercio de libre disposición propiedad total y su usufructo viudal sobre el tercio de mejora). En ese período también habrá frutos. ¿Cómo y cuando se adjudican los mismos? A esto nos referiremos posteriormente (capítulo XIII). Cualquiera de estas actuaciones debe ser respetada por el fiduciario porque, en los mismos términos que recoge ALPAÑES²⁶ la voluntad del causante no puede ser superada por la del fiduciario. Hemos dicho que contempla también el artículo la posibilidad de que existan hijos del causante que no lo sean del fiduciario, en cuyo caso éste debe respetar no sólo las legítimas, sino también las disposiciones que a su favor haya dejado establecidas. Realmente si consideramos que la voluntad del causante ha de ser respetada cuando dispone a favor de personas distintas de los descendientes, es de pura lógica pensar que también ha de serlo si dispone a favor de sus descendientes, aunque no lo sean del fiduciario.

En definitiva, las facultades del fiduciario están limitadas por cualquier disposición del causante *inter vivos* o *mortis causa*, tanto de carácter dispositivo como particional, bien sea a título de herencia como de legado, mejora expresa o tácita o sustituciones fideicomisarias impuestas por el causante. Pero además, se deben respetar por el fiduciario todas aquellas órdenes del testador relacionadas con la partición, tales como valoraciones y cualificación de bienes y atribuciones, dispensas de colacionar, imposiciones de colación de disposiciones a título gratuito, o por ejemplo, calificación del carácter colacionable de una donación. Igualmente respecto de promesas de mejorar o no mejorar del 826 del CC.

En los casos de que el testador hubiere agotado los tercios de mejora y libre disposición, el fiduciario vería limitada su actuación a la adjudicación de los bienes conforme las disposiciones del causante y a falta de ellas, a su voluntad como un contador partidor. En este

²⁶ALPAÑÉS, E. “La delegación de la facultad de mejorar” (Op. Cit. Páginas 273 y s.s.). En términos de este autor: «denotan una cierta voluntad debidamente expresada del mejorante, que no puede olvidar su delegatario; las facultades de éste se extienden allí hasta donde no ha llegado la voluntad del premuerto». (pag 273)

caso, caben las órdenes del testador relativas a imputación de las liberalidades en alguno de los tercios o reducción de disposiciones inoficiosas.

3.2.- LAS MEJORAS EN PARTICULAR.

Con las redacciones anteriores del 831 CC, el respeto a las mejoras efectuadas por el causante de la sucesión, para BERMEJO PUMAR²⁷, sugería las siguientes cuestiones, que hoy aun se pueden entender en vigor:

a).- Si el ejercicio de la facultad de mejorar podría suponer una revocación indirecta de la mejora efectuada en vida por el causante en contra del respeto que impone el artículo 831 CC. Tras la redacción de 2003 no hay lugar a dudas de que lo que se impone es la voluntad del testador, por lo que no hay tal mejora indirecta que revoque otra anterior, como no resulte que esa fuera la voluntad del causante.

b).- La redacción originaria del 831 CC, se refería sólo a las mejoras hechas en vida por el finado. La de 1981, en lógica con el motivo fundamental de la modificación del artículo (delegación en testamento), obligó a que se respetasen las mejoras con carácter general. La interpretación laxa que la doctrina (BERMEJO PUMAR²⁸) hacía del presupuesto del *ab intestato*, no impedía, ya antes de la reforma, que la delegación en capitulaciones coexistiese con mejoras testamentarias. En conclusión, se consideraron mejoras, tanto las hechas *inter vivos* como las realizadas *mortis causa*.

Tal y como se regula la institución de la mejora en el Código Civil, las hechas en vida serán, en el común de los casos, aquéllas en las que el causante no conserva la propiedad de los bienes sobre los que recae la mejora, aunque en la práctica lo normal es que conserve el usufructo o la nuda propiedad, o las irrevocables que conducen, según nuestro entender, a una conciencia inmediata del objeto de la mejora, y al tratarse de un acto de contenido patrimonial, de la realidad económica a que afecta. De seguirse la interpretación restringida, el causante deja de ser propietario de los bienes en las donaciones en concepto de mejora, que ya no son del difunto, por utilizar la expresión del Código, significativa, aunque no técnica. No son a éstas a las que se refería el artículo en su redacción de 1981, y sí a las mejoras irrevocables por actos en vida que no supongan transmisión inmediata de bien. Actualmente, con la redacción de 2003, no hay lugar a dudas, porque del texto del artículo se deduce

²⁷BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. páginas 63, 64 y 65)

²⁸BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. páginas 65 y 66).

claramente que la voluntad del testador es imperio de la sucesión y de la fiducia. Por lo tanto se incluyen todas las mejoras.

Cuando el Código, sobre todo en las redacciones antiguas del artículo 831 CC, utilizaba las expresiones «bienes de difunto» y «sin perjuicio de... las mejoras hechas en vida por el finado», estaba admitiendo la posibilidad de mejoras hechas por actos entre vivos (por pactos) que no privaban de la propiedad de los bienes al causante de la sucesión. Esta redacción ofrecía un argumento legal a favor de los actos de mejora como auténticos pactos sucesorios efectuados en vida del causante sin producir efecto inmediato de transmisión real del bien o lo que es lo mismo, pactos sucesorios en los que la titularidad real del bien podía seguir la suerte de la mejora.

c).- El respeto a las mejoras es un límite que sólo depende de la voluntad del causante. Por esta razón, se podrá dispensar de la obligación de respeto y otorgar a favor del cónyuge la facultad de revocar las mejoras revocables efectuadas por el causante en vida, o reservar a favor del cónyuge facultado, en virtud del artículo 831 CC, la consideración del cumplimiento de las contrapartidas que fueron la razón de la obligación de mejorar contraída por el causante. De ejercitarse esta facultad, se podrá reducir o revocar la mejora. Si el fiduciario con facultades para revocar, fallece sin hacerlo, la mejora ordenada por el causante subsistirá. Lo esencial es que la voluntad del causante es la que rige la sucesión.

d).- La irrevocabilidad en el régimen de la institución de la mejora obligaba, con la redacción originaria, e incluso con la de 1981, a reconsiderar el posible carácter irrevocable de la concesión del poder de mejorar reconocido en el cónyuge en el 831 CC. Pero con la redacción actual de 2003, no cabe admitir algo así, ya que como hemos expuesto, es esencialmente revocable. En el caso de concurrir mejoras irrevocables con la facultad del fiduciario, es el fiduciario quien no podrá realizar actos de mejora sobre los bienes concretos o valores determinados respecto de los cuales se hizo mejora irrevocable.

Mejoras y otras disposiciones del causante a favor de los hijos comunes. Por último, las menciones que se realizan en el 831CC de las mejoras que hubieran sido realizadas por el causante y que entrarían en colisión con las que el delegado pueda hacer en ejercicio de su facultad («... y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de esos...») resulta que no distingue qué tipo de mejoras. Antes, en la redacción de 13 de mayo de 1981, decía “hechas en vida”, pero esa calificación ha desaparecido como consecuencia lógica del cambio en la forma de conferirse la facultad; al hacerse en testamento la delegación, en lugar de las capitulaciones matrimoniales, desaparece el requisito de fallecer intestado, y la redundancia

de “mejoras en vida” no tiene razón de ser; ya era inocua la aclaración de que eran “en vida”, habida cuenta la apertura intestada de la sucesión, y por lo tanto no cabía otro tipo de mejoras).

En conclusión, el actual 831 CC se refiere tanto a mejoras hechas por actos *inter vivos* como *mortis causa*, y tanto a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora de cuota, sustitución fideicomisaria de atribución ó valoración, como promesas de mejorar del 826 CC y pactos del 827 CC; todo esto, en definitiva, limita las facultades del supérstite. También se incluyen en este apartado las donaciones *inter vivos* con dispensa de colacionar.

3.3.- CONCLUSION: “DEMÁS DISPOSICIONES DEL CAUSANTE”.

Son todas las que hemos referido antes, que pueden consistir en las siguientes:

a).- Disposiciones del causante que hayan sido realizadas *inter vivos*, como cualquier tipo de donaciones, regalos, cesiones a título gratuito en las que no se haya realizado la mención expresa de que sean con cargo a legítima o derechos hereditarios. Si se realizó en ellas la dispensa de colacionar, la condición de no colacionables será mantenida, pues esa fue la voluntad del causante, y solo se reducirán en el caso de que resultaren inoficiosas o excesivas, tras la correspondiente imputación.

b).- Disposiciones *mortis causa*, que lo normal es que hayan sido realizadas en el mismo testamento en el que se instituyó la fiducia, lo que facilitará las cosas a los efectos de interpretación de la voluntad del testador. Pero también puede ocurrir que las disposiciones hayan sido hechas en otro testamento válido y no revocado, porque el testador en el posterior testamento en el que se instituyó la fiducia declarase subsistentes expresamente aquellas disposiciones. No es lo más adecuado para interpretar la voluntad del causante, pero ocurre en las disposiciones de última voluntad de aquéllos, cuyas relaciones sociales con repercusión sucesoria son tan complicadas, que el otorgamiento de sus testamentos prolifera y se sucede con profusión.

c).- En cualquiera de estos casos, pueden ser tanto de carácter dispositivo como particional, lo que hará prevalecer las de carácter dispositivo sobre las otras. Si bien, para los casos de difícil interpretación sobre la naturaleza de esas disposiciones, será el fiduciario a quien corresponda en primer lugar esa función de interpretar cual sea aquella, ya que como hemos sostenido sus facultades son muy superiores a las de un mero contador partidario e incluso a las de un albacea. Nada dice el texto del 831 CC, pero el fiduciario es un ejecutor testamentario, que tiene de alguna forma cierta sintonía con el albacea, en cuanto es un encargo de

confianza y en el que se les ordena a ambos que hagan cumplir las últimas voluntades del causante, aunque en el caso del fiduciario, por su superior capacidad de ejecución de la voluntad del causante, esa voluntad es precisamente que aquel actúe según su criterio.

d).- Tanto a título de herencia como de legado. En el caso de legados de cosa específica, no habrá dudas respecto a que la fiducia no se podrá extender a los bienes legados, porque ya está manifestada la voluntad del causante. Si se tratara de legados de cuota, bien sea con o sin asignación de cosa, también será respetada la voluntad del testador, pero en cualquiera de los casos, también los legados estarán sometidos a las reducciones que procedan en el caso de ser excesivos o inoficiosos o perjudicar las legítimas. En estos casos, para la reducción, junto a los órdenes de prelación establecidos por los artículos 820 y siguientes del Código Civil, el causante podrá dar amplias facultades decisorias al fiduciario sobre esta materia.

Si se tratase de institución de herederos, serán respetadas por el fiduciario en cuanto a la proporción en que lo sean y en todo aquello que el causante haya partido o adjudicado, de forma que queden para el facultado por la delegación, todo aquello sobre lo que el testador no hubiere dispuesto, de manera que en el caso de agotamiento de bienes con las adjudicaciones, el fiduciario sea un contador partidor para lo que restare.

e).- Mejoras expresas o tácitas. Ya nos hemos referido a ellas, por lo que reiteramos la subsistencia de las mismas.

f).- Sustituciones fideicomisarias impuestas por el causante. Se deben respetar desde luego, porque se trata de instituciones de herencia. En estos casos, la función del fiduciario, que normalmente coincidirá con la de fiduciario de la sustitución fideicomisaria, será la de velar por la conservación de los bienes sometidos al fideicomiso, y su entrega normal al los fideicomisarios salvo en el caso de sustituciones de residuo. En el caso de no coincidir con los instituidos fiduciarios de la sustitución, harán las funciones de los herederos ordinarios como contadores partidores hasta la transmisión de los bienes. En el caso (habitual) de coincidir las figuras, será además de fiduciario del 831 CC, un heredero fiduciario de los 781 CC y siguientes, que distribuirá entre los fideicomisarios señalados por el testador, pero con facultades de elección entre los mismos, y de distribución de cuotas o atribución completa a uno de ellos.

g).- Instrucciones u órdenes del testador relacionadas con la partición, tales como valoraciones (cuantía) y cualificación (calificación) de bienes y atribuciones; dispensas de colacionar, por ejemplo que el testador haya dado al fiduciario facultades sobre la posibilidad de dispensa de colacionar respecto de aquellas donaciones sobre las que no se manifestó nada

en su realización, lo que supondría una forma de mejora; imposiciones de colación de disposiciones a título gratuito, lo contrario al caso de dispensa, pero siempre que no hubiese habido anteriormente dispensa o en otro caso obligación de colacionar, lo que impediría el ejercicio de tal facultad; o por ejemplo, calificación del carácter colacionable de una donación. Igualmente respecto de promesas de mejorar o no mejorar del 826 CC a las que nos hemos referido anteriormente.

h).- Por último, en aquellos casos en los que el testador hubiere agotado los tercios de mejora y libre disposición, el fiduciario verá limitada su actuación a la adjudicación de los bienes conforme las disposiciones del causante y a falta de ellas, a su voluntad como un contador partidor. En este caso, caben las órdenes del testador relativas a imputación de las liberalidades en alguno de los tercios o reducción de disposiciones inoficiosas.

Pero aun así, subsiste la cuestión que planteaba BERMEJO PUMAR²⁹ en sede de la antigua redacción de 1981: Se pregunta esta autora qué otras disposiciones sobre bienes que pertenezcan al difunto en el momento de su fallecimiento, que no sean pactos de mejora o testamentarias está obligado a respetar el cónyuge delegado. Con la obsoleta redacción de 1981, el texto era ambiguo, ya que no se limitaba a imponer respeto a las disposiciones testamentarias, sino con las establecidas en capítulos, para ser coherente con el contenido de la reforma (coexistencia de la facultad reconocida en el cónyuge mediante capitulaciones y testamento). Esto planteaba dudas sobre una serie de manifestaciones de voluntad del causante que no suponían pérdida de la titularidad sobre el bien (por ejemplo, donaciones no aceptadas), o de eficacia alternativa (disposiciones sobre bienes gananciales), o de eficacia discutida (discordancias entre la partición y el testamento), o la de actos en documento privado, si la autenticidad de éstos le constaba al cónyuge supérstite (lo que entraría en conflicto con el contenido del art. 785-4 CC). Las expresiones del derogado artículo («bienes del difunto» y «demás disposiciones») dificultaban la interpretación de la facultad para mejorar con los bienes de los que ya había dispuesto el causante en vida, es decir, el que podía ordenar que se imputasen como mejoras, las disposiciones hechas en vida por el causante que no fuesen hechas en concepto de mejora, teniendo en cuenta que como dice LÓPEZ JACOISTE³⁰, «la imputación hereditaria, como operación liquidatoria del caudal, va orientada a mantener válidas y sin reducción las disposiciones del causante en tanto no menoscaben los

²⁹BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad...” (Op. Cit. página 192)

³⁰LOPEZ JACOISTE, J. J. “La mejora en cosa determinada”. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1961. (página 124).

derechos legitimarios». BERMEJO PUMAR³¹, entendía que como consecuencia de los términos del artículo, sólo podrá interpretarse como facultado al cónyuge para mejorar con el bien del que ya dispuso el causante en vida, si así se previó o pactó y en favor de quien lo hubiese recibido, pero no en otro caso. Actualmente, con la vigente redacción de 2003, no hay dudas de que si la mejora es revocable, el fiduciario gozará de las más amplias facultades, tal como si se tratase del testador, siempre que ese causante no le hubiese limitado de alguna forma sus facultades en ese aspecto. Solo en el caso de irrevocabilidad de las mejoras, se someterá a tal circunstancia, y las podrá reducir por inoficiosas en los casos y por las causas que la ley determine.

SAPENA TOMÁS³² considera que por medio de las nuevas disposiciones, podrán añadirse condiciones, plazos, modos, a lo pactado «modificándolo como el otorgante quiera». Pero este nuevo contenido debe reflejarse en forma adecuada en el testamento para tener por existente el acto y de acuerdo con el criterio sobre la eficacia de la revocación o modificación del documento que establece la facultad a favor del cónyuge.

4.-RESPETO A LA LEGÍTIMA ERICTA DE LOS DESCENDIENTES COMUNES

4.1- La protección especial en el artículo 831 CC.

Es un régimen especial, con su apartado independiente lo que indica que tiene regulación específica y que difiere de la de los hijos no comunes –como veremos-; se recoge en el 831.3 CC de regulación en la reforma del año 2003. Es especial, por contraste y regulación distinta respecto del régimen general de las legítimas de los herederos forzosos. Se aprecian tres particularidades en el texto:

1).- Habla de “respeto”, pudiendo haber empleado otros términos como “sin perjuicio”, “deberá cumplir”, “con sujeción” etc. etc. Esto indica que desde luego, se aplican las reglas generales de protección de los derechos legitimarios de los herederos forzosos, pero con las especialidades y particularidades que se infieren del texto de 831 CC.

2).- Se refiere exclusivamente a “legítimas estrictas” y no a otras, a diferencia de lo que

³¹BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad...” (Op. Cit. pág. 193)

³²SAPENA TOMÁS, J. “La fiducia conyugal (art. 831 del Código Civil)” en obra homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. (Pág. 907 a 985) (en especial 928 y 929).

ocurre con los descendientes no comunes, para los que no emplea esta expresión en el apartado 4 del mismo 831 CC, dedicado a ellos. El artículo introduce por primera vez este término en el Código, que había sido empleado habitualmente en la práctica y por la doctrina. Esto indica en primera lectura – y única a mi juicio – que respecto de estos hijos y descendientes comunes, que la delegación que se hace en el fiduciario se refiere a los tercios de mejora y libre disposición, por lo que la única sustracción al arbitrio – “prudente” conforme la antigua redacción del artículo en 1981- del fiduciario será la del tercio de legítima estricta (Ya lo hemos estudiado en el capítulo anterior).

3).- Se dedica este apartado 3 del 831 CC exclusivamente a los descendientes comunes, por lo que el legislador dedica el apartado siguiente a los no comunes, diferenciando los efectos de unos y otros.

En lo que se refiere a la legítima de los descendientes comunes, dice el nuevo precepto que << 3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes, y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos >>.

La redacción anterior de 13 de mayo de 1981, no distinguía entre descendientes comunes o no comunes, y además no recogía a qué tipo de legítima –corta o amplia- se refería. Para BERMEJO PUMAR³³, el artículo obligaba a que se respetase la legítima sin más, y aquella a la que se refiere la ley era la corta. Y así debía entenderse como consecuencia del contenido de la norma. Y con SÁNCHEZ ROMÁN³⁴ <<siendo nulo todo lo que se intente en contrario>>. Pero, para BERMEJO PUMAR³⁵, el cónyuge facultado podía distribuir los bienes del difunto sin exclusión, porque la facultad de distribuir del cónyuge era posible gracias a la delegación de la facultad de mejorar, y ésta, con asignación de bienes, era posible gracias a aquélla. Con la redacción de 2003, no hay ya problemas de interpretación en este punto.

Según LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA³⁶, se trata de un límite objetivo, que restringe la delegación a los bienes de los que no haya dispuesto el causante en su testamento, siempre

³³BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. páginas 190 y 191)

³⁴SÁNCHEZ ROMÁN, F. “Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y los cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla” y “El Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. (Op. Cit. pag 1221).

³⁵BERMEJO PUMAR, M. M. “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias...” (Op. Cit. pag 191).

³⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, fascículo de Julio-Septiembre de 2005. Ministerio de Justicia. (pag. 1130)

con respeto a las legítimas.

Siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO³⁷, (con la expresión «*El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y...*»), es redundante que el artículo 831 CC exprese la limitación de respetar las legítimas, porque ya se supone de la exigencia y protección que se hace en los artículos correspondientes y destinados a la legítima (813, 814....CC), pero se ha de dejar patente la diferencia entre el Código Civil y la normativa foral, que es antecedente y origen de la fiducia que hoy estudiamos; las diferencias lo son tanto por la cuantía como por la forma de pago.

En cuanto a las cuantías, son conocidas y por regla general muy inferiores en las normas de Derecho Foral, lo que ha hecho que en el Código Civil, la facultad de mejorar y distribuir esté más restringida; si bien en el nuevo precepto, se amplía el campo de la delegación al tercio de libre disposición lo que acerca en cierta medida el contenido de la fiducia al de los territorios forales.

4.2- La cuestión de la cuantía de la legítima.

GARCIA RUBIO³⁸ propone varias interpretaciones para dar solución respecto a las partes de la herencia sobre las que se puede mejorar por el fiduciario. La primera, parte de la división teórica de la herencia del premuerto en los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición, supondría que hijos comunes y no comunes concurrían a partes iguales en el primero, pudiendo agotar los otros dos tercios a favor únicamente de todos o algunos de los hijos comunes, de tal suerte que el otorgamiento de las facultades del 831 CC supondría en la práctica la relegación de los descendientes del premuerto que no lo fueran del fiduciario a su legítima estricta. La segunda posibilidad supone el reparto igualitario de la herencia entre los hijos (o quienes los representen en la cesión) comunes y no comunes, de suerte que el comisionado podrá ejercitar sus facultades respecto a la porción de la herencia que corresponda a los hijos comunes, permaneciendo intacta la cuota de los otros; la tercera opción —siempre a falta de otras disposiciones del causante— establece que los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualitariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos

³⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 426).

³⁸GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la pag. 101).

misimos, pero en ningún caso con la parte de los no comunes. Esta autora (GARCIA RUBIO³⁹) propone un ejemplo concreto para ver los distintos resultados a los que puede conducir cada una de las interpretaciones posibles. El testador delegante fallece con cuatro hijos, dos de ellos comunes con el fiduciario (A y B) y dos que no lo son (C y D). El delegante se propone ejercitar su facultad mejorando en lo posible a su hijo A. El caudal relicto tiene un valor de 12 y no existen atribuciones previas ni disposiciones del testador delegante a favor de ninguno de sus hijos. Con la primera interpretación el régimen de las legítimas de los hijos no comunes y la legítima del hijo común B se respeta atribuyéndoles simplemente 1, lo que significa que A, el hijo favorecido por el mejorante, recibirá 9. Con la segunda interpretación, el respeto de las legítimas de los tres hijos no favorecidos supondrá la senda atribución a C y D de 3 a cada uno de ellos, de 1 al hijo común no mejorado, B, y, por lo tanto, de 5 al hijo común favorecido por el fiduciario, A. Con la tercera, y a juicio de GARCIA RUBIO⁴⁰, preferible interpretación, el respeto a las legítimas implicará la posible atribución de 2 tanto a C como a D, de 1 a B y, por consiguiente, de 7 a A.

Nosotros optamos por la primera solución, ya que como hemos fundamentado anteriormente, se trata de una fiducia completa y es la voluntad del causante la que por encima de cualquier disposición determina su sucesión, con respeto exclusivo de los derechos mínimos legitimarios de los hijos sin distinción de ser comunes o no. Pero de la lectura literal en “la no alteración de la legítima de los hijos no comunes”, esto no aboca a la tercera solución, como veremos en el apartado 6 de este capítulo. No obstante, el causante pudo dejar a los hijos no comunes con la legítima estricta, por lo que es cuestión suya hacer otra cosa, y aunque pueda parecer injusto a los ojos de otros, el causante tuvo sus razones al respecto, y a fin de cuentas se trata de su patrimonio, sobre el que los hijos poco tienen que decir en cuanto a obligaciones. Cualquier causante con hijos de dos matrimonios, si delega en su cónyuge deberá ocuparse de mejorar a los del primero –si así lo estima conveniente-, *intervivos o mortis causa*. Es evidente que si no limita las facultades de mejora del fiduciario, será bastante probable que ese fiduciario mejore en todo lo que pueda a sus hijos, con lo que indirectamente podría perjudicar (dentro de la mas estricta legalidad) a los no comunes. En definitiva, prevalece la voluntad del causante (como debe ser) y la obligación que marca la ley es que todos reciban su parte igual en el tercio de legítima estricta. También podría ser que el fiduciario solamente mejorara a uno de los hijos comunes y todos los demás se quedaran con

³⁹GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 58 a 110, en especial 102 y s.s.).

⁴⁰GARCIA RUBIO, M.P. “La reformulación....” (nota anterior en pag. 103)

la legítima estricta y corta. Con respecto a los hijos no comunes, ya hay otros mecanismos legales de protección como sucede con la reserva viudal, y además tendrán su cuota hereditaria recibida o por recibir de su otro progenitor, que sea mayor o menor eso es otra cosa.

Además el principio inspirador de la reforma de 2003 –según dice su Exposición de Motivos- fue el de la protección de los hijos incapaces o discapacitados, y estos pueden ser hijos comunes o no comunes, o haber de ambos, por lo que todo aquello que favorezca la posibilidad más amplia de dar una mejora extensísima a estos, nos parecerá acorde con la fiducia desde su mayor extensión. Además, habiendo hijos no comunes será más raro que se conceda la delegación, salvo supuestos especiales, por ejemplo que uno de los hijos comunes es discapacitado con graves problemas. Ahí es donde la fiducia del 831 CC desarrolla su mayor sentido y justifica que el causante delegue en el otro progenitor. Por otra parte no hay que olvidar que los hijos no comunes serán medio hermanos, y está es una relación de parentesco muy cercana que genera deber de alimentos y derechos sucesorios, aunque en ambos casos limitados.

En otro orden, parece que, con los límites señalados, el 831.4 CC otorga facultades particionales también en relación con los descendientes no comunes -y con los extraños beneficiados con disposiciones del causante-. Así lo sostuve anteriormente y me reitero, (RUEDA ESTEBAN⁴¹), pero no obstante, hay que poner de relieve algunos obstáculos, como los derivados del conflicto de intereses entre contador-partidor y descendientes no comunes y extraños (artículo 1057 CC), o la regulación como supuestos diferenciados de los previstos en los puntos 3 y 4 del artículo 831 CC.

En principio, aunque ciertamente el 831 CC no prohíbe expresamente la mejora de los hijos no comunes, y podría ser que las relaciones personales fueran las mejores del mundo, el hecho es que el precepto es tajante en cuanto que una de las premisas para la delegación de la facultad de mejorar: que se trate de hijos o descendientes comunes. Por lo tanto, parece que faltando esta no es aplicable el citado precepto. A pesar de esto, se obtienen ciertas conclusiones interesantes: el 831 CC no autoriza la delegación de la facultad de mejorar a

⁴¹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado) 2005 (nº 279) (pag 973) . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (página 183).

favor de hijos de finado que no sean comunes, pero tampoco la prohíbe, por lo que –en principio- no veo grave obstáculo, en situaciones de confianza absoluta con el supérstite, para que el causante le autorice también a mejorar a los hijos de un anterior matrimonio o unión de hecho, si el testador aprecia una buena relación entre ellos. Si bien debemos concluir que actualmente no puede ser así, porque aun cuando la relación pueda ser la mejor del mundo y el testador apreciarlo así, e incluso si la solución fuera deseable, ocurre que la posibilidad no entra en el art 831 CC porque sencillamente no está contemplada en el mismo y como hemos sostenido antes, al tratarse de un precepto excepcional, no cabe la interpretación extensiva.

En consecuencia, y aunque ciertamente no diga nada para prohibirlo, las exigencias del artículo, que es excepcional, son que se trate de hijos comunes. No olvidemos que aunque también es posible una mala relación de un progenitor con alguno de sus hijos por las causas que sean, lo normal es que ambos progenitores sientan un afecto enorme por todos los hijos comunes y procuren tratar a todos lo mejor posible, y con eso cuenta el 831 CC. En definitiva, ¿Cómo no va a hacer un progenitor todo lo mejor para sus hijos? Si no son comunes, el progenitor proveerá las mejoras oportunas que a su juicio e interés determine para esos. No ya por mala voluntad o intereses del fiduciario respecto a los no comunes, sino porque es fácil encontrar razones especiales y humanas que justifiquen mejorar a los propios antes que a los ajenos. No sin considerar lo atractivo de esta propuesta, lo cierto es que va más allá de la letra de la ley que en la fórmula genérica del punto primero del artículo 831 CC menciona exclusivamente la facultad con relación «a los hijos o descendientes comunes». Sin embargo, de lo que hemos defendido, y aun tomando en cuenta el carácter excepcional de la norma, se puede considerar, que puede extenderse por el causante, la distribución en ejercicio de la facultad, más allá de lo previsto en el tenor literal del precepto, lo que tendría que ser de una forma expresa, tal cual si las mejoras las ordenase el propio causante, por ejemplo dando las órdenes oportunas, y que, en situaciones de confianza entre delegante y delegado llegara incluso facultar para que se realicen disposiciones a favor de descendientes del causante que no sean comunes. Si conforme el Código Civil (ex 1056) se acepta la partición hecha por el propio testador (“se pasará por ella en cuanto no perjudique...), porque no va a aceptarse que el fiduciario ejecute instrucciones expresas del testador en orden a mejorar a los descendientes no comunes junto con la facultad de mejorar extraordinaria del 831 CC.

En cuanto a la forma de pago, lo contemplaremos en el apartado octavo de este capítulo.

4.3.-Conclusiones. Siguiendo a MILLAN SALAS⁴², se obtienen las siguientes conclusiones respecto al límite de la legítima estricta de los descendientes comunes: en primer lugar, el cónyuge supérstite en el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 831 tiene que respetar las legítimas; y este respeto proviene de la exigencia del Código que señala como principio fundamental –aunque discutible actualmente– que la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados forzosos (art. 806 CC). El respeto de las legítimas es repetición del artículo 813 CC: «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*», que en palabras de ALPAÑES⁴³ suponía una exigencia debida a la esencial diferencia de la naturaleza de la legítima en el Código Civil frente a la de las legislaciones forales: Por lo tanto, en base al principio de intangibilidad de la legítima, el cónyuge sobreviviente tiene que respetar las legítimas de aquellos descendientes comunes no beneficiados por la facultad de mejorar.

Además, también está limitado el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 831 en cuanto que el cónyuge supérstite tiene que respetar las mejoras. El texto del artículo 831 CC exige que el supérstite debe respetar las mejoras hechas por el causante, sean por actos *inter vivos* o por actos de última voluntad —testamento—. Para el supuesto de ser hecha la mejora por actos *inter vivos*, el artículo 825 CC establece: «*Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por una causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar*» y el artículo 827 CC nos dice: «*La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*». Si el causante ha hecho mejoras por actos *inter vivos* o si fueron ordenadas en testamento, el cónyuge supérstite tiene que respetarlas y la facultad de mejorar que le ha delegado el causante sólo puede alcanzar

⁴²MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (pag. 403 a 433). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1. (pag 424 y s.s.).

⁴³ALPAÑES, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. Pág. 273 y s.s.). En palabras de este autor: «Parece que es una repetición innecesaria; sin embargo, puede encontrarse un doble fundamento: de una parte, el deseo del legislador de poner siempre de manifiesto ese necesario respeto a la cuota legitimaria de los herederos forzosos; de otra, dejar bien patente la diferencia entre este precepto, ínsito en nuestro Código civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho menos no sólo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago; por eso el legislador se ha cuidado mucho de imponer esa limitación>>>. (pag 293).

hasta completar lo que reste del tercio de mejora y del tercio de libre disposición.

No obstante, como hemos visto, recordemos que también se deben respetar las demás disposiciones del causante. Hay que entender que cualquier disposición del causante por actos *inter vivos* o *mortis causa* sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora, sustitución fideicomisaria, o atributiva o valorativa limita las facultades del cónyuge supérstite. Aunque el artículo no lo dice, también está limitada la facultad del viudo en la misma medida que lo estaría para el causante; límites nacidos de pactos sucesorios (art. 1331 CC), de promesas de mejorar o de no mejorar (art. 826 CC) y del carácter no colacionable de la donación entre vivos realizada por el difunto (art. 1036 CC) o de reserva viudal. Respecto a las donaciones *inter vivos* no colacionables, el artículo 636 CC nos dice: «... *ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de los que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta media*» y el artículo 654 CC establece que: «*Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso*» y el art. 1036 CC: «*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación debe reducirse por inoficiosa*».

5.-ACCIONES DE LOS DESCENDIENTES COMUNES QUE SON LEGITIMARIOS DEL TESTADOR.

El fiduciario, como hemos visto, en el ejercicio de las facultades encomendadas, también debe respetar las legítimas, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes. En caso de no ser respetados los límites anteriores, el artículo 831.3 párrafo 2º CC recoge la acción para el caso de no respetarse las disposiciones a favor de los hijos comunes: «*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado*».

En consecuencia, el párrafo establece como efecto la rescisión de los actos del cónyuge en caso de no respetarse la legítima o la cuota de participación que a favor de los descendientes

comunes hubiera ordenado el causante. Sin embargo, sostenemos (RUEDA ESTEBAN⁴⁴) que el párrafo induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respetase la legítima estricta de algún descendiente, lo que procedería sería el ejercicio de las acciones de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo y no la acción de rescisión que se menciona. Además, en aquellos casos en los que el legitimado resulte perjudicado cuantitativamente en su legítima podrá ejercitar la acción de suplemento de legítima (art. 815 CC).

No obstante, como veremos más adelante, el apartado 3 del 831 CC, en su párrafo 3º establece: «*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades*». Esto supone un medio eficacísimo para el fiduciario a los efectos de cumplir todas estas imposiciones legales.

Veamos a continuación como se verifica la protección del legitimario que sea descendiente común.

En primer lugar, estas acciones, que debieran ser variaciones de las normales de los legitimarios (art 813 y siguientes del Código Civil), se orientan en la defensa contra las actuaciones, no de cualquier otro legitimario, sino de las que realice el delegado y que vulneren el derecho del legitimario en cuanto a su legítima estricta u otra cuota fijada por el testador. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁴⁵, ante el número 3 del artículo 831 CC, se pregunta si el cónyuge sobreviviente, por sí sólo, podrá prescindir de las disposiciones testamentarias inoficiosas y redistribuir las legítimas entre los herederos forzosos, y responde en forma negativa, opinión que comparto, ya que para poder proceder a esa redistribución se necesitará el consentimiento de los afectados (que podrán ser los descendientes comunes u otros herederos o legatarios). Y en el caso de no obtenerlo, serán los legitimarios perjudicados quienes podrán solicitar la reducción.

La redacción del precepto se ocupa solamente de las legítimas estrictas de los descendientes comunes y disposiciones del testador a favor de éstos, pero esto no significa, como veremos, que el delegado pueda dejar de respetar las legítimas estrictas de los descendientes no comunes o de las disposiciones del testador a favor de quien estime

⁴⁴RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” en Boletín... (Op. Cit. pag 977 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 184 y 185).

⁴⁵LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 1130 y s.s.)

conveniente, siempre que no sean inoficiosas.

A pesar de que el precepto ordena respetar exclusivamente la legítima estricta, puede pensarse que si el testador no hubiese conferido al delegado o fiduciario la facultad de mejorar, debería respetar la legítima larga de los descendientes y desde luego, la legítima larga de los descendientes no comunes. A juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁴⁶, en contra la redacción literal del precepto, debe entenderse el respeto de la legítima larga de todos los descendientes, no solo de los no comunes.

Como hemos sostenido, el párrafo induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respetase la legítima estricta de algún descendiente, lo que procedería sería el ejercicio de las acciones de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo y no la acción de rescisión que se menciona. La doctrina ha mostrado su sorpresa (CAMARA LAPUENTE⁴⁷) porque no se conceda al perjudicado una acción de nulidad, pero no hay lugar a dudas respecto a lo que el texto de 831 CC dice, que no es otra cosa que una acción rescisoria, y además, solo en la medida necesaria para obtener su pretensión, limitándose al interés lesionado. Por lo tanto, lejos de anular una actuación, la reduciría en la medida en que se perjudicase el derecho del legitimario.

Así pues, cuando no se haya respetado la legítima de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del fiduciario, pero solo en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Resultaría congruente con los principios del Código, que la sanción fuera la nulidad de lo actuado, pero el legislador ha optado por otra solución, que pueda rescindirse la actuación. Esto no presenta novedad con respecto a lo que entendía la doctrina que era la sanción de los actos que no respetasen adecuadamente las legítimas o las disposiciones del causante.

Hubiese sido más lógico que el legislador empleara otra terminología en su redacción, por ejemplo “que se reduzcan por inoficiosidad los actos del cónyuge...” (En vez del utilizado “... se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario...”). Se trata de una acción distinta de la acción de complemento de la legítima del 815 CC, porque esta, se dirige contra el resto de los legitimarios, mientras que la que nos ocupa lo hace contra las actuaciones del fiduciario. Esto no significa que no puedan ser ejercitadas ambas conjuntamente, contra quienes proceda, ante cualquier actuación del delegado que perjudique los derechos del

⁴⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (Op. Cit. nota anterior pag 1130 y 1131).

⁴⁷CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. Volumen 2. Comentario del artículo 831. CIVITAS. 1ª Edición – Septiembre 2011. (Pág.932, 933 y 934)

legitimario hijo o descendiente común. En definitiva, a mi juicio, son compatibles.

No obstante, la corriente contraria tiene sus partidarios (FLORENSA TOMAS⁴⁸), para quienes la sanción de rescisión es considerada como más acertada que la de la nulidad del acto, pues con ello se intenta eludir, la discusión teórica sobre la validez o no del acto extralimitado y, en cambio, responder en la práctica con un plazo de ejercicio de la acción de cuatro años mucho más favorable para la consolidación de los derechos y la seguridad del tráfico. Sin embargo, a mi juicio⁴⁹, en aras a la claridad y seguridad jurídicas, hubiera sido preferible otorgar una acción de nulidad. En definitiva, la referencia a la rescisión en el precepto que comentamos induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respeta las legítimas lo procedente será la acción de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo lo que desde luego pudiera ser más o menos adecuado y hasta compatible con la rescisión, pero no es lo que dice la norma. Aunque no se trate exactamente de una rescisión de la partición en el sentido de los artículos 1074 CC y siguientes, parece que pueden utilizarse analógicamente las reglas de ésta, y en concreto que el fiduciario demandado podrá utilizar la opción prevista en el artículo 1077 CC, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición.

A juicio de GARCIA RUBIO⁵⁰, todo esto no debe impedir la aplicación de las reglas generales de Derecho sucesorio en cuanto a la posibilidad de ejercicio de las acciones rescisorias por parte de cualquier interesado en la sucesión o de los acreedores del causante y las generales del tráfico jurídico, incluida la de nulidad, en cuanto a los derechos de los terceros Tampoco impide, si lo consideran más oportuno, que los legitimarios agraviados por el favorecido utilicen la acción de complemento de legítima en los términos previstos en el artículo 815 CC.

En conclusión, que de esta forma, se crea una acción de naturaleza semejante a la acción de rescisión de la partición realizada por el testador, por causa de la lesión, recogida en el artículo 1075 CC. Y al igual que en esta, la dicción escueta del Código hace que se planteen

⁴⁸FLORENSA TOMAS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2005, pp. 117-141, espec. p. 125.

⁴⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina... (Op. Cit. pag 977). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional...” (Op. Cit. página 184 y 185).

⁵⁰GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag. 91).

numerosas cuestiones sobre el régimen jurídico de esta acción, como por ejemplo, el plazo de la acción a efectos de su prescripción, que a falta de mención especial se supondrá de cuatro años desde que se tuvo conocimiento de la lesión; otro es el de la posibilidad y momento de ejercicio de la acción, que para los casos de ejecución parcial o sucesiva de la fiducia supone serias dudas. Caben distintas posibilidades: desde que se tuvo conocimiento de la partición o desde que se tuvo conocimiento de la lesión por lo que se refiere al ejercicio de la acción. Así pues, el plazo de la prescripción puede verse interrumpido con el conocimiento de otros cuatro años porque conocida la partición y dentro de los cuatro años desde aquella, se tenga conocimiento posteriormente y dentro de esos cuatro años de una lesión en más de la cuarta parte.

La rescisión de un acto de distribución y adjudicación de los recogidos en el 831 CC, participa, en principio, de la naturaleza de los actos de rescisión de un acto particional, por lo que su régimen se recoge en los artículos 1073 CC y siguientes del CC. Por lo tanto, esta acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las atribuciones inoficiosas (art. 1076 CC).

Dice el artículo 1077 CC que el demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados, ni percibido más de lo justo.

El demandado con derecho de opción entre una y otra posibilidad, no será el fiduciario sino el descendiente adjudicatario de los bienes (adjudicación que perjudica la legítima de alguno de sus hermanos). A este último corresponde elegir su acción. La nueva partición, en el caso de que esta sea la opción elegida, corresponderá al fiduciario y se limitará a «quitar a uno» para dar «al otro» la porción que complete su legítima estricta, salvo que el testador no le haya conferido la facultad de mejorar. (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵¹).

Con LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵², para la rescisión se supone que hubo un acto válido que causó un perjuicio, por lo cual puede ser impugnado por el perjudicado en los casos previstos por la Ley (cfr. art. 1290 CC). En nuestro caso, la rescisión parece reservada al traspaso de los límites impuestos a favor de los descendientes comunes, así parece que tengamos que buscar otro tipo de ineficacia para el supuesto de no respetarse las legítimas de los descendientes no comunes.

⁵¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 1142)

⁵²LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (Op. Cit. nota anterior, pag 1143).

Desde luego, mejor hubiere sido sancionar la actuación con la nulidad radical y absoluta, como ya hemos sostenido, pero no ha sido lo que ha elegido el legislador, porque el acto nulo es insubsanable y si los interesados están conformes con las actuaciones del cónyuge (por las razones que sean, por ejemplo, quieren favorecer a su hermano incapaz, aunque sea de vínculo sencillo, o no les compensa heredar y pagar el impuesto de sucesiones...) se podrá pasar por ellas.

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵³ se decanta por la rescisión, pues si, según las reglas generales la partición realizada por el testador puede ser impugnada por causa de lesión si perjudica las legítimas o cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1057 CC), por analogía considera rescindibles los actos del cónyuge facultado que perjudiquen las legítimas o contravengan la voluntad del testador manifestada en sus disposiciones de última voluntad.

En conclusión, a mi juicio, se trata de una acción de rescisión porque así la ha tipificado el texto de artículo 831 CC (en su redacción de 2003). Y podrá ser ejercitada la acción en cualquier momento desde la primera actuación que perjudique los derechos del hijo o descendiente común, lo que en el caso de actuación sucesiva o parcial, será desde aquella en la que la suma de las mejoras anteriores con esa, sobrepase los tercios de mejora y libre disposición en perjuicio de la legítima estricta del perjudicado. Más complicado es el de la ejecución *mortis causa* de la fiducia, ya que en este caso, se mezclan las acciones de la sucesión del concedente con las del fiduciario. Pero en cualquier caso, sería ejercitable la acción desde que se supo el contenido de esa ejecución tras la apertura de la sucesión. Su prescripción será de cuatro años a contar desde que pudo ser ejercitada.

6.- NO ALTERACIÓN DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES NO COMUNES.

Se recoge en el artículo un apartado para regular la situación del caudal y protección de los derechos legitimarios cuando están interesados hijos no comunes del cónyuge premuerto u otras personas beneficiadas con disposiciones de éste en relación con aquellos.

Aparece en el inicio del número 4 del artículo 831 CC la normativa aplicable: «*La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente*

⁵³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 1144).

común...»

Es indudable que hoy, el precepto está abierto a cualquier disposición a favor de hijos ó descendientes no comunes. En este sentido, contempla el artículo la posibilidad de que existan hijos del causante que no lo sean del fiduciario, en cuyo caso éste debe respetar no sólo las legítimas, sino también las disposiciones que a su favor haya dejado establecidas. Realmente si consideramos que la voluntad del causante ha de ser respetada cuando dispone a favor de personas distintas de los descendientes, es lógico pensar que ha de serlo también si dispone a favor de sus descendientes, aunque no lo sean del fiduciario. Y por supuesto el respeto a las legítimas es general para todos los descendientes. En ese orden, se recoge una regulación especial para el caso de preterición no intencional de un hijo del premuerto no común con el fiduciario, y naturalmente este último no podrá menoscabar los derechos del preterido.

Pero el apartado 4º del 831 CC, emplea términos distintos para los descendientes no comunes que el respeto que exige para los comunes. Así, dice el precepto que no se «alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas (legítimas) u otras (disposiciones) no sea descendiente común». A juicio de SEDA HERMOSIN⁵⁴, es evidente que se ha formulado el mismo principio que respecto de los descendientes comunes, por lo que se pregunta este autor: “¿A qué, pues, diferenciarlos?”

Es criticable el precepto porque se añade una regla nueva a la que se recoge para los descendientes comunes (“...no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante...” a diferencia de lo que para los comunes dicta en el apartado anterior “...deberá respetar las legítimas estrictas...”). En principio, son dos las importantes diferencias: por un lado, la de que en vez del exigente respeto que se impone respecto de la legítima de los descendientes comunes, se señala una no alteración del régimen legitimario para los no comunes, si bien el respeto de las legítimas de unos y otros no debiera ser distinto, lo que nos demuestra la deficiente redacción del precepto; solo habría una salvedad, que es la relativa al fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta que realizado por el fiduciario no podrá afectar a los hijos no comunes; en segundo lugar, que para los comunes, la legítima será estricta o corta, mientras que la de los no comunes, carece de calificación en el texto del precepto. Suponemos que dependerá de las facultades concedidas al fiduciario, que será lo

⁵⁴SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 275).

que determine si se reserva el tercio de mejora para que lo emplee el fiduciario en mejoras (en cuyo caso tomarán sólo la legítima corta), o si les dejó a los no comunes la legítima larga, o mejoró a uno de ellos. Entonces el delegado sólo podrá mejorar en lo que reste del tercio de mejora y con el de libre disposición (excluyendo también la parte que le corresponda a él por legítima o la que le haya dejado en testamento o donado en vida).

Antes de estudiar otras cuestiones, hay que decir que conforme el nuevo precepto, el viudo tiene también facultades particionales respecto de estos descendientes no comunes, porque parece que puede determinar los bienes con los que satisfacer sus legítimas ó mandas a su favor ordenadas por el causante. Pero hay algunos obstáculos: la contraposición de intereses para ser contador-partidor respecto de éstos (nº 1.057 CC); la diferente regulación que hace el 831 CC en los números 3 y 4, aunque sea por defecto de sistema; y en definitiva las razones históricas que han informado la norma en todos los tiempos. Veámoslo detenidamente.

En primer término el precepto no autoriza para que pueda delegarse la facultad de mejorar a favor de hijos del finado que no sean comunes: pero no lo prohíbe terminantemente, y en el número 4 dice literalmente “... *no alterará el régimen de ... ni de las disposiciones del causante, cuando el favorecido ... sea descendiente común ...*”; en consecuencia no se prohíben las disposiciones a favor de hijos no comunes, y aunque, como hemos sostenido, en situaciones de confianza absoluta con el cónyuge supérstite, podría haberse regulado por el legislador que no está vetado, lo cierto es que no está en la letra del precepto, que por excepcional, no debe ser entendido de forma extensiva. Por lo tanto, la posibilidad de que mejore a los hijos de anterior matrimonio ó unión de hecho, cuando ha sido apreciada por el testador una auténtica situación de cariño y buena relación con respecto a ellos, es difícilmente aceptable, sencillamente porque el precepto no lo dice y la esencia del mismo es el requisito de ser descendientes comunes. Todo depende de la confianza que el testador tenga en el sentido de la justicia y equilibrio de su cónyuge. Y naturalmente de que exprese su voluntad de ser así en el testamento, por lo que puede hacer el causante personalmente las mejoras a favor de aquellos, porque lo cierto es que se sale de los parámetros del mismo.

No obstante, hay que pensar que existe una vía indirecta de mejora para los hijos no comunes. Si el fiduciario se preocupa de esos hijos no comunes, no necesita tanto el poder de mejorarlos directamente, puesto que puede tanto mejorar a los comunes como dejarles tan sólo con el tercio de libre disposición, ya que sabe, que los no comunes tomarán en ese caso la legítima larga. Obviamente es algo indirecto, pero si aceptamos que el cónyuge tiene las máximas facultades, ello puede ir en perjuicio de los hijos comunes o no, por lo que si no

mejora a unos absolutamente, conserva para los demás. Lo que no puede hacer por esta vía indirecta es mejorar en particular a uno sólo de los descendientes no comunes con respecto a los otros no comunes (si es que hay más de uno).

Si nos decantamos por una interpretación literal de la norma, sólo podrá mejorar a hijos ó descendientes comunes, pero nada obsta para que el causante haya hecho las disposiciones que creyese oportunas y mejoras a favor de los no comunes; hecha la partición con los hijos del matrimonio anterior del premuerto, no existirán obstáculos para que el viudo ejecute todas sus facultades para con los comunes.

En todos estos casos, cuando nos referimos a los que “... no sean descendiente común...” incluimos también no sólo a otros descendientes, sino también a extraños, de manera que el nuevo precepto ha superado las viejas discusiones sobre con quienes tenía que realizar la partición el cónyuge supérstite. VALLET DE GOYTISOLO⁵⁵ contempla dos posibles soluciones: 1ª.- Admitir que la partición la haga el cónyuge supérstite conjuntamente con los descendientes del premuerto no comunes (salvo las exigencias de la Ley para el caso de colisión de intereses con menores) y con otros interesados en la parte de libre disposición (los extraños). 2ª.- Entender que si el cónyuge supérstite renuncia a su cuota legitimaria (hoy ni siquiera sería preciso habida cuenta de su condición de administrador del caudal ex 831 n ° 2 CC) está investido respecto de los que no sean hijos comunes de la condición de contador-partidor por la vía del 1.057 CC (además de la facultad del 831 CC).

En conclusión, la “no alteración” a la que se refiere el apartado 4º del 831 CC respecto de los legitimarios que sean descendientes no comunes, supone esencialmente un respeto (aunque no emplee este término el texto) del régimen legitimario de esos descendientes, que a juicio de CAMARA LAPUENTE⁵⁶, son potenciales beneficiarios de las facultades de mejora conferidas al fiduciario, sin perjuicio de que el causante los haya podido mejorar expresamente en su testamento o anteriormente por actos *inter vivos*. En consecuencia, esto produce los siguientes efectos:

1º.- El pago de la legítima de estos descendientes no comunes, no puede quedar sometido a plazo alguno, porque al tratarse de legitimarios que no tienen relación sucesoria directa con el fiduciario, pueden verse perjudicados por este.

⁵⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 427).

⁵⁶CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. Volumen 2. Comentario del artículo 831...” (Op. Cit. Pág.934)

2°.- Salvo disposición expresa (que quede patente su voluntad) del causante manifestada en el testamento, los derechos legitimarios de estos descendientes no comunes no se circunscriben ni limitan a la legítima estricta, porque no resulta del apartado 4° del 831 CC, a diferencia de lo que ocurre con los descendientes comunes, que están sometidos expresamente a esa parte estricta por la literalidad del 831.3 CC. Por lo tanto, la participación de los descendientes no comunes, a falta de mención especial del causante, será en la legítima larga (tercio de legítima y tercio de mejora dividido entre las cabezas). Esto está en contra de nuestra defensa de que se trata de una fiducia total y por lo tanto el fiduciario solo está obligado a dar a estos como mínimo la legítima estricta que les corresponde.

3°.- La legítima de esos descendientes no comunes, no podrá ser pagada con bienes no hereditarios, porque la facultad del fiduciario de hacerlo con los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada o con los suyos propios, solo puede utilizarla con los descendientes comunes. Esto es así, porque esas facultades están autorizadas en los 831.1.1° y 831.3.3° del CC, que están situados en orden anterior al régimen de los descendientes no comunes, y además incardinados en el de los descendientes comunes.

En parecido sentido, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁵⁷, entiende que la solución consiste, en respetar la legítima larga de los descendientes no comunes, con lo cual le queda al cónyuge viudo la posibilidad de disponer de la parte del tercio de mejora correspondiente a los hijos o descendientes comunes y de la parte del tercio de libre disposición no utilizado por el testador, con lo cual la injusticia respecto de los descendientes no comunes puede producirse por cuanto el cónyuge delegado no puede atribuir a los descendientes no comunes bienes con cargo al tercio libre, salvo que el testador ordene el reparto igualitario del tercio libre o realice alguna disposición con cargo a ese tercio a favor del descendiente no común. Creemos no obstante que no hay tal injusticia, porque uno puede dejar el tercio de mejora a un solo hijo o a un nieto viviendo los hijos y eso es absolutamente correcto si son hijos comunes. Ahora bien, si se mejora a los hijos de segundo matrimonio y no a los del primero, eso es una injusticia o diferencia importante. Todos son hijos en igual medida del testador y por tanto puede mejorar a quien quiera sin que se pueda hablar (en términos legales) de injusticia. Respecto a otros términos morales o sociales, no procede tenerlos en cuenta. En el Código civil la libertad de testar con esos dos tercios de legítima de descendientes ya está bastante restringida, por lo que no se debiera restringirla más. Además no todas las razones para

⁵⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. "El artículo 831 del Código Civil". (Op. Cit. pag 1130).

mejorar a los hijos de segundas uniones serán deleznable “moralmente”. Pueden existir hijos de primer matrimonio, ya situados económicamente en la vida (con ayuda del causante la mayor parte de las veces), y en cambio los de segundo matrimonio son menores de edad y por razón de la edad de su progenitor carecen de las mismas ayudas por razón del tiempo. No parece injusto mejorar a los segundos. También puede pensarse que si el testador, conociendo la existencia de descendientes no comunes, no dispuso de una parte del tercio libre a favor de éstos y concedió al cónyuge las facultades previstas en el artículo 831 CC, es porque no quería dejar a sus descendientes no comunes ninguna parte de tal tercio. O que por la vía indirecta antes indicada asumiendo que puede no dejarles nada, deja al criterio del supérstite lo que mejor considere.

No obstante, estas conclusiones deben ser matizadas, porque a juicio de CAMARA LAPUENTE⁵⁸, opinión que comparto, si concurren hijos no comunes, el fiduciario tan solo podrá utilizar el tercio de libre disposición para mejorar a los hijos comunes, porque la mención respecto de aquellos (los no comunes) que se hace en el 831 CC, es de la legítima amplia (<<....no alterará el régimen de las legítimas...>>), por lo que salvo disposición expresa del testador, la facultad de mejorar y distribuir no se podrá extender más que a la parte libre. Naturalmente, esto es discutible, porque como hemos argumentado anteriormente, puede ocurrir que tanto los hijos comunes como los no comunes, concurren en igualdad respecto del tercio de legítima estricta, y el fiduciario podría hacer las diferencias en el resto, de forma que utilizase los dos otros tercios (mejora y libre disposición) para las distribuciones y mejoras entre los descendientes del causante (sean o no comunes), ya que a fin de cuentas, de su sucesión se trata. No obstante, en este caso, se produce una colisión de intereses, en la que el que dirime (el fiduciario), normalmente tendrá preferencias por los comunes, que a fin de cuentas son hijos suyos. Es por esto que resulta más apropiada la interpretación anterior⁵⁹.

7.-EFECTOS Y DEFENSA DEL LEGITIMARIO QUE NO ES DESCENDIENTE COMÚN.

El art. 831.4 párrafo 1º CC dispone: <<La concesión al cónyuge de las facultades

⁵⁸CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. Volumen 2. Comentario del artículo 831. (Op. Cit. Pág.933).

⁵⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina... (Op. Cit. pag 977). En el apartado 4.2 sobre la cuestión de la cuantía de la legítima. . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial...” (Op. Cit. página 182, 183 y 184).

expresadas, no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones>>.

No incluye un párrafo en el n° 4 (que recoge la posición de los que no son descendientes comunes) una posibilidad semejante al último párrafo del número 3, (acción de rescisión y posibilidad de pago con haberes propios del cónyuge para los descendientes comunes). Esta acción de rescisión contra los actos en perjuicio de los descendientes comunes, la hemos analizado anteriormente. Pero no se recoge una acción parecida para el caso de lesión de los derechos legitimarios de los descendientes no comunes porque no tiene las mismas facultades particionales. Con todo, como reflexión general, aunque sobre el papel hay que analizar todas las posibilidades, resulta difícil que quien tiene hijos de distintas uniones establezca la fiducia, porque precisamente por su condición de progenitor de todos ellos, lo normal es que sea él quien se ocupe de establecer mejoras, donaciones colacionables o no, hacer el mismo la partición, o encomendar a alguien de su confianza la partición. Además precisamente porque no todos son hijos comunes, y pueda pensar que lo que le quede al cónyuge supérstite resulte poco, es por lo que resulta difícil pensar que se ocupen del supérstite los no comunes. También es posible que se quiera ocupar el causante de no dejar desamparado a un viudo/a que puede carecer de fortuna e ingresos propios. No obstante, del espíritu del párrafo primero de ese n° 3 debe entenderse aplicada también la protección que antes hemos comentado para los hijos comunes, en la medida en que son también legitimarios, y si no lo son, sería sólo por cumplir la voluntad del causante (un legado a un extraño, por ejemplo). Así pues, si la legítima de los que no fuesen descendientes comunes (y desde luego la de los descendientes comunes) no hubiese sido suficientemente cubierta, les corresponderá a éstos su acción de complemento en la medida en que hayan sido perjudicados. Pero los descendientes comunes, a diferencia de los que no lo fuesen, gozarán además de la acción de rescisión (que como hemos comentado se puede cuestionar que sea de reducción); en definitiva, no gozan exactamente de los mismos medios de protección.

Así pues, a falta de una regulación específica de acción para los descendientes no comunes, debemos concluir en que la que les corresponde es la de los legitimarios ordinarios en el Código Civil, esto es las que se deducen de los artículos 813 CC y siguientes, con la naturaleza y garantía propia de la *pars bonorum*, además de las acciones de complemento de

la legítima (estricta); y lo que reste de la de mejora que no haya sido distribuida entre los restantes legitimarios, sean o no comunes.

En definitiva, con MILLAN SALAS⁶⁰, se puede concluir que en el ejercicio de las facultades encomendadas tiene que respetar las legítimas de los descendientes no comunes, esto es de los descendientes que sólo son del causante. Igualmente tiene que respetar las mejoras que el causante hubiera hecho a favor de estos descendientes, y, en general, de cuantas disposiciones hubiera hecho el causante sea a favor de los descendientes no comunes o de extraños. Como disposiciones del causante a favor de extraños podemos destacar las donaciones o los legados, tanto unas como los otros se imputarán a la parte de libre disposición. En el caso de que el cónyuge sobreviviente en el ejercicio de las facultades encomendadas no hubiera respetado la legítima de los descendientes no comunes, éstos tendrán la acción de suplemento de legítima.

Pero lo cierto es que su legítima estricta deberá ser respetada en los mismos términos que para los descendientes comunes, y además, no podrá ser sometida a aplazamiento en su entrega, lo que si era discutible, como hemos visto, para el caso de los descendientes comunes, en el caso de los no comunes no ofrece duda, porque otra cosa sería romper la mínima regla de la intangibilidad de la legítima con respecto de estos. En definitiva, siguen conservando, a pesar de la fiducia, todas las acciones de complemento y suplemento de legítima, de preterición, de reducción de disposiciones y donaciones inoficiosas, y por supuesto la de la intangibilidad de la legítima, que como veremos puede suavizarse respecto de los comunes, pero no respecto de ellos. Las actuaciones que no sean susceptibles de reducción, serán de nulidad, en armonía con la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima.

8.- LA FORMA DE PAGO Y LOS BIENES CON LOS QUE SE PUEDE REALIZAR LA SATISFACCIÓN.

Ya hemos analizado que pueden satisfacerse los derechos de todos los interesados, no solo con bienes de la herencia, sino también con los bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada. Pero el precepto no solo concede estas posibilidades sino también otras. La otra gran innovación del precepto, en lo que se refiere a las legítimas de los hijos comunes, es la de la forma de pago; el precepto incluye en el número 3 un último párrafo: «*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos ó*

⁶⁰ MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 423).

descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo ó en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades».

Se trata de una novedad que supone excepción a la naturaleza de la legítima, al menos respecto de los descendientes comunes, que tradicionalmente ha sido en el sistema de derecho común una “*pars bonorum*”. Este nuevo párrafo puede tener dos interpretaciones:

a).- Entender que los bienes del viudo adjudicados a los hijos comunes se integran ficticiamente en la herencia del difunto, lo que no tiene mucho sentido, porque obligaría a incluir los bienes adjudicados que pertenecían al viudo en el cómputo a efectos de cálculo de las legítimas; llevaría a un cálculo absurdo.

b).- Considerar que la legítima en este caso es una “*pars valoris*” o incluso un derecho de crédito; corresponderá al viudo la determinación de si será satisfecha en bienes de la herencia ó con bienes propios suyos. Entiendo que ésta es la más apropiada.

Desde luego, se pueden pagar los derechos de los legitimarios con bienes de la herencia.

Pero también se pueden pagar con bienes procedentes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, conforme el 831.1 CC (Ya hemos analizado esta cuestión suficientemente en capítulos anteriores). No obstante, el legislador de 2003, introdujo aún una posibilidad más, que es la de pagar con bienes sólo del cónyuge que ejercite la facultad delegada. Se trata de una excepción importante al principio de la intangibilidad de la legítima; en este caso de la intangibilidad cualitativa de los derechos legitimarios, de forma parecida a lo que ocurre en el pago de la legítima en metálico de los 841 y siguientes del Código Civil, pero sin las garantías de los 843 y 844 del CC.

Y de la misma forma, esto nos lleva de nuevo al tema suscitado con el artículo 1.056 CC en su párrafo segundo, pero en este caso, sin que se dé un elemento objetivo como es el de la protección del mantenimiento de la unidad de la explotación o empresa familiar. Respecto de los mecanismos de “protección del legitimario” en estos casos, si la legítima no es una “*pars bonorum*”, aquél no gozará del sistema de protección arbitrado en el 15 L.H. para proteger su derecho; solo cabría en este caso (lo que no se hace por el precepto, cosa de todo punto criticable) obligar al viudo a que opte por pagar la legítima bien con sus propios bienes ó en metálico, pero de manera que garantice mientras tanto a los legitimarios con un sistema semejante al del 841 y s.s. del CC, para proteger su posición. Nada ha recogido el legislador sobre este aspecto, lo que hace criticable la redacción del artículo, que en 2003 podría haber sido completa.

En conclusión, por lo que se refiere a la forma de pago, la naturaleza de “*pars valoris*” de la legítima en muchos de los territorios forales, permitía amplio campo de maniobra que no existía en el Derecho Común, donde la “*pars bonorum*” impone su preponderancia en garantía del legitimario, lo que debe ser suficiente para la protección de su derecho; sin embargo, la redacción de 2003, como posteriormente veremos, ha admitido nuevos horizontes con la habilitación del pago a los legitimarios que son descendientes comunes, con bienes propios del supérstite, e incluso de los procedentes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, lo que acerca también la facultad a la fiducia foral en lo que se refiere a la naturaleza de la legítima; todo esto, unido a la también reformada redacción del 1056.2 CC y la forma de pago recogida en los 841 s.s. CC, hacen, como analizaremos con detalle, que surja una corriente que entiende que estamos ante un posible cambio en la naturaleza de la legítima de derecho común.

No obstante, y con respeto absoluto del principio de intangibilidad de la legítima, el vigente 831 CC ha recordado la protección de las legítimas de los no beneficiados, especialmente de los hijos no comunes, como veremos, que son un muro insalvable en la actuación del supérstite.

9.- TIEMPO DE PAGO DE LA LEGÍTIMA ETRICTA.

Hemos sostenido que los descendientes no comunes, no deben someterse a plazo alguno para recibir su legítima. La pregunta es si puede el fiduciario aplazar el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes que tengan derecho a ella. Porque si la ley permite al fiduciario realizar la ejecución de su encargo en unos plazos señalados por el causante, o en su defecto por los señalados por la ley, la cuestión es por qué no han de servir estos plazos también para el pago de la legítima estricta. No dice nada el artículo 831 CC, lo que es criticable porque este asunto tan importante no puede dejarse a la interpretación de la doctrina. Frente a la exaltación del principio de autonomía de la voluntad del testador manifestada en el testamento, está el rigor de la protección que el Código presenta de los derechos de los legitimarios, sobre todo, cuando se trata de los mínimos que les corresponden, esto es de la legítima estricta o corta.

La tendencia progresista de admitir el aplazamiento de la entrega de la legítima estricta (ROMERO-GIRON DELEITO⁶¹) se cuestiona: ¿Pueden los hijos exigir la entrega inmediata

⁶¹ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del C. C. Una aplicación práctica”. Septiembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n ° 57, número de Enero-Marzo 2006. (Pág. 223).

de la legítima estricta, excluyendo los bienes que la integran de la administración del cónyuge viudo? Podría entenderse así, argumentando que si en definitiva, la facultad de mejorar y distribuir tiene como límite la legítima estricta, no hay razón para dilatar su entrega, que nunca podrá ir a parar al discapacitado ni a cualquier otro que no sea su legítimo titular. Pero, a juicio de este autor, concurren suficientes razones para contestar negativamente.

a.- La entrega de bienes en pago de legítima podría frustrar parcialmente la finalidad pretendida por el artículo 831 CC, pues nada impide que el cónyuge fiduciario haga uso de esos bienes para establecer, en beneficio de un futuro discapacitado, la sustitución fideicomisaria que prevé el propio artículo 813 CC, novedad introducida por la misma Ley 41/2003. A nuestro juicio, una cosa es dar facultades al delegado y otra distinta, por la ventana que abre el art 831 CC, dejar sin contenido alguno las legítimas. Para un cambio de tanta trascendencia es claro que el 831 CC tendría que haberlo dicho. Por lo tanto, parece en principio, que es una burla a la existencia de las legítimas decir que se puede retrasar el pago de la legítima estricta al momento del fallecimiento del otro progenitor delegado, porque eso puede suceder mucho tiempo después de la muerte del delegante. Con esta idea, la legítima estricta habría de pagarse inmediatamente, salvo el supuesto del fideicomiso, que por su naturaleza de protección de un incapaz, puede retrasar la entrega. Es difícil aceptar que el fiduciario pueda estar toda su vida dudando si lo constituye o no, ya que afectando a la legítima estricta, creemos que tendría que decidir pronto si lo hace o no, esto es dentro del plazo que pueda agotar antes de pagar esa legítima estricta.

b.- El apartado 3 del artículo 831 CC dice que el cónyuge, al ejercitar sus facultades, “deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes”, con lo que parece dar por supuesto que éstos no las han podido exigir hasta entonces, debiendo bastarles con la garantía legal de que el cónyuge fiduciario deberá respetarlas: por ejemplo, como veremos en el último capítulo, con la posible anotación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria. No parece que pueda referirse a otra caso que el respeto que debe guardarse en las operaciones particionales básicas. Pero no implica que no tenga obligación de pagarlas. A fin de cuentas el fideicomiso que establece el 808 CC supone un retraso grande en recibir la legítima, pero es una excepción, por lo que no se puede decir que esa es la regla. El 813 CC es claro sobre el respeto a la legítima, el imponer un término para su pago creemos que es tanto como imponer sobre ella gravamen o condición.

c.- Más claro parece estar en el apartado 4 del mismo precepto, pero relativo al supuesto de descendiente no común. En tal caso, la concesión de facultades al cónyuge fiduciario “no alterará el régimen de las legítimas”. Ya no habla de respeto (a la cuantía) de las legítimas sino de no alteración del régimen de las legítimas. El descendiente no común, a diferencia de los comunes, como hemos estudiado antes, no ve alterado su régimen. Esta alteración del régimen respecto de los hijos comunes es la nueva excepción que el artículo 831 CC impone al 813 CC. Esa alteración posible para los hijos comunes no es cualquiera sino precisamente la que el art 831 y el 808 CC permiten, ni más ni menos. En consecuencia, no permite disminuir la legítima estricta ni condicionarla, ni gravarla, e incluso ni dilatar su pago “ad calendas grecas”.

SIERRA PEREZ⁶² recoge las teorías amplias que se cuestionan si el plazo para el ejercicio de la fiducia afecta de alguna manera a estas legítimas, es decir, en qué momento pueden los legitimarios exigir al fiduciario su distribución y en consecuencia, el pago de las mismas. Si nos atenemos a la redacción del propio artículo 831 CC, la facultad concedida al fiduciario afecta únicamente a la distribución de las mejoras entre los hijos comunes. En relación con las legítimas estrictas de lo único que nos habla el artículo es de la obligación del fiduciario de respetarlas, pero es tan escueto, que no va más allá. Realmente tampoco hace falta decir más. Mientras no quede claro que no corresponden, habrá que aplicar las reglas generales.

Ya hemos expuesto que la espera supone un gravamen para las legítimas y que para las tendencias progresistas, los legitimarlos sólo podían reclamar la estricta una vez que hubiera transcurrido el plazo señalado expresa o tácitamente o en su defecto el plazo legal.

Basándose en que el propio artículo 831 CC establece el respeto a las legítimas, entiende HERRADA ROMERO⁶³ que puede el concedente señalar un plazo más corto para las legítimas y otro más largo para distribuir el resto de la herencia. Parece entender que si este plazo corto no se señala, se aplicaría el plazo legal, ahora de dos años, para la distribución de las legítimas aunque se hubiera establecido otro más largo para que fiduciario llevase a cabo la delegación concedida. Si esto es así, transcurrido el plazo legal podrían los legitimarios reclamar su legítima estricta. A mi juicio, esto es cuestionable, porque el plazo señalado por la ley lo es para realizar la ejecución de la fiducia en defecto de otro plazo señalado por el

⁶²SIERRA PÉREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831...” (Op. Cit. Pág. 117 y 118).

⁶³HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004. (Pág. 2489).

testador, y de lo que hablamos ahora es de si existe un plazo para la entrega de los derechos a los legitimarios.

Lo cierto es que todas estas afirmaciones no se deducen de ninguna de las redacciones dadas al artículo 831 CC. Ya la doctrina clásica⁶⁴, decía que si se fija un plazo, no cabe que los legitimarios se alcen contra el fiduciario hasta transcurrido ese plazo, supuesto que la inviolabilidad legitimaria queda a salvo en cuanto a la estricta legítima se refiere. ALBALADEJO GARCIA⁶⁵ entiende que ni la facultad del autorizado de hacer mejoras ni el plazo que se dé para que las haga, pueden perjudicar las legítimas cortas de los hijos que haya, y como el cónyuge tenga para mejorar, resulta que podrán pedirles sin esperar el transcurso del mismo, ya que supone una restricción imponerles que no las reciban durante todo el plazo. Así pues ALBALADEJO GARCIA⁶⁶ se alinea con las teorías conservadoras. También RODRÍGUEZ-INYESTO VALCARCE⁶⁷ considera que se ha de tener también presente el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, según el cual no es lícita ninguna restricción sobre ella, no se puede conculcar el pleno disfrute y disponibilidad de la misma, a tenor del artículo 813, 2º del CC y con las salvedades en él contenidas, por muchas facultades que se quieran reconocer al cónyuge superviviente. A juicio de MIQUEL GONZALEZ⁶⁸, el plazo señalado es inoperante respecto de la legítima, porque el testador no puede someter a plazo la distribución de los bienes en pago de la legítima. Este autor no cree que se pueda sostener tal cosa cuando el artículo dice bien claramente «sin perjuicio de las legítimas». SIERRA PEREZ⁶⁹ considera que por esa vía no puede limitarse la legítima porque la declaración legal significa bien claramente que el régimen general de aquéllas no se altera por la delegación, pues además esa delegación concede únicamente facultades para mejorar y la mejora no afecta a la legítima estricta.

Incluso con ROMERO-GIRON DELEITO⁷⁰ podríamos razonar que en la ley 41/ 2003 se

⁶⁴SANCHEZ ROMAN, F. “Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y los cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla” y “El Código Civil y la Historia General de la Legislación Española” (Op. Cit. pag 1215 y s.s.)

⁶⁵ALBALADEJO GARCÍA, M. “Curso de Derecho Civil”. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Barcelona 1997. “La Mejora”. Madrid 2003. (páginas 88 y 89)

⁶⁶ALBALADEJO GARCIA, M. “La mejora” 2003. (Op. Cit. en nota anterior). (página 88).

⁶⁷RODRIGUEZ-INYESTO VALCARCE, A. “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003. La delegación de la facultad de mejorar”. RJN 2005, n º 55. (Pág. 169 a 208, en especial las 171 y s.s.)

⁶⁸MIQUEL GONZALEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”. Volumen II. Madrid 1984. (Pág. 1317).

⁶⁹SIERRA PÉREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 117 y 118).

⁷⁰ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del C. C. Una aplicación práctica”. (Op. Cit. Pág. 224).

establece un posible gravamen para la legítima en el artículo 808 C.C. Paralelamente, el artículo 813, en su nueva redacción, recoge éste como excepción de la intangibilidad de la legítima. Puesto que también el artículo 831 ha sido modificado por esta ley, y en la redacción de 2003 se han pretendido plasmar muchas de las convicciones que la doctrina (VALLET DE GOYTISOLO⁷¹) admitía en su aplicación, si se quería aceptar que la delegación suponía un gravamen para la legítima estricta hubiera sido lógico que, paralelamente, el artículo 813 CC la hubiera recogido también junto con la del artículo 808 CC.

No siendo así deberemos concluir que en principio, esta excepción no existe, que la legítima no queda gravada por la institución fiduciaria y que por tanto la legítima estricta no puede retenerse hasta que se lleve a cabo la distribución de las mejoras.

La doctrina más restrictiva (CAMARA LAPUENTE⁷²) es partidaria de que el plazo de ejecución de la fiducia sucesoria no debe afectar a las legítimas estrictas ni a las disposiciones hechas por el testador a favor de esos descendientes comunes por esos derechos, y en consecuencia, los legitimarios podrán exigirlos una vez se haya abierto la sucesión. Además, los términos en los que se expresa el apartado 3 del 831 CC (<< *deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y las demás disposiciones del causante a favor de estos* >>), se corresponden con el respeto riguroso que el Código observa respecto de las legítimas, por lo que de no existir una regla excepcional que recoja un régimen distinto, deberemos entender que se aplican las reglas ordinarias que para otros casos de pago de la legítima estricta. Abona el criterio de interpretación restrictiva, que de la misma forma que se establece una regla excepcional para el modo de pago de los derechos legitimarios (con bienes del propio fiduciario, o de la sociedad de gananciales disuelta y que está por liquidar, o bienes que no son hereditarios), no se ha establecido ninguna regla de sentido excepcional para los plazos de pago de aquellos derechos.

No obstante, nos atrevemos a defender, que se puede aceptar como argumento que permita el aplazamiento, el que sostiene el plazo que puede utilizar el testador para el mantenimiento y conservación indivisa de la empresa o explotación familiar en aras de la unidad de la empresa familiar, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1056 CC. Pero este plazo, solo será admisible en los casos en los que el pago de esa legítima lo sea por empleo de la fiducia del 831 CC para la atribución de la explotación o empresa familiar a uno de los

⁷¹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código...” (Op. Cit. Pág. 424 y s.s.).

⁷²CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. (Op. Cit. Pág.935 y 936).

hijos o descendientes de forma que haya que realizar el pago de la legítima estricta a los restantes hijos o descendientes comunes, y no en otro caso. Igualmente ocurre con otras situaciones de urgencia en el mantenimiento y conservación del patrimonio familiar, o defensa de los intereses de los incapacitados judicialmente o incluso de los discapacitados. En estos casos, con causas justificadas, no creemos que un Juez admitiese la reclamación del legitimario alzándose contra el fiduciario. Ciertamente, el mantenimiento y eficacia de la fiducia mueven a considerar que la intangibilidad de la legítima en cuanto al *tempus* de su existencia queda pospuesta. La literalidad del precepto acude en ayuda de la postura que defendemos: "al ejercitar las facultades deberá respetar las legítimas" dice el 831.3, es decir cuando las ejercite. Además el 831.4 ayuda a esta interpretación, ya que si no se respetan las legítimas estrictas, los actos del cónyuge serán rescindibles en lo que perjudiquen. Siendo posible que el testador grave con sustitución fideicomisaria la legítima estricta (808 CC), es factible este plazo para descendientes comunes.

De los derechos forales, el único que hace referencia al problema del plazo de la distribución de la legítima estricta es el catalán. En el artículo 148 de la ley catalana se dice que: *«La herencia no se diferirá hasta que quede efectuada la elección o la distribución, pero antes de ellas el cónyuge sobreviviente podrá fijar y pagar las legítimas y los legados»*. Literalmente, este artículo deja en poder del fiduciario el momento de distribución de las legítimas, pero hay que tener en cuenta que el poder dado al cónyuge en Derecho catalán es mucho más amplio que el que se concede en derecho común, ya que puede instituir heredero a cualquiera de los hijos comunes y reducir a los demás a la condición de legatarios o de legitimarios, para ser satisfechos en metálico –*pars valoris*– mientras que el artículo 831 CC sólo faculta para distribuir las mejoras. Además, la legítima catalana es cuantitativamente bastante más pequeña que la castellana.

10.- POSIBILIDAD DE GRAVAR LAS LEGÍTIMAS CON SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DEL INCAPAZ (ARTS. 808 Y 782 CC).

Directamente relacionadas con la posición de los hijos y descendientes, sean comunes o no, están las reformas introducidas por la propia Ley 41/2003, de 1 de noviembre, en los artículos 808 y 782 CC, que permite al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Será objeto de un estudio detallado más adelante (capítulo XV), no podemos dejar de hacer

una breve reseña de esta posible –puesto que defendemos que cabe- facultad del delegado en aquellos casos en que se lo haya facultado el testador.

11.- LAS FACULTADES PARTICIONALES RESPECTO DE DESCENDIENTES NO COMUNES: EL APODERAMIENTO LEGAL

Otra de las innovaciones de la reforma del 831 CC que se hizo en 2003, fue la de incluir la posibilidad de que el delegado actuase en representación de los descendientes comunes, en los actos de distribución, ejecución o adjudicación sobre bienes y otras disposiciones a favor de los descendientes no comunes. Esto hace que la facultad del artículo 831 CC sea una auténtica fiducia.

La finalidad de este apoderamiento, probablemente es la de crear una posición jurídica del fiduciario en la ejecución de la fiducia, que permita una posición solvente del delegado en la dirección familiar o empresarial (en su caso). Con esto se evitan las diferencias y problemas entre los hermanos que son de vínculo sencillo. Los descendientes comunes no podrán oponerse a esa representación conferida por ministerio de la ley, ni intervenir en las operaciones particionales. Pero este apoderamiento tiene sus límites: solo se referirá a los bienes sometidos a la fiducia, y exclusivamente será en representación de descendientes comunes que sean mayores de edad y capaces (CAMARA LAPUENTE⁷³), puesto que en otro caso, se producirá la peligrosa colisión de intereses

Creo que una combinación del segundo inciso del nº 4 («... *En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución ó de adjudicación relativos a tales legítimas ó disposiciones.*»), junto con el último párrafo del número 3 inciso final («... *en todo ó en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*»), permiten asegurar que la tesis que sostenía VALLET DE GOYTISOLO⁷⁴ tras 1981, es la que en el año 2003 adoptó el legislador. Así pues, siguiendo ésta, el nombramiento, cuando otra cosa no se deduzca de la voluntad del testador, incluso hoy, sin el único límite de exigir la renuncia a la cuota legal usufructuaria, implica la investidura del cónyuge supérstite como un auténtico contador-

⁷³CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. (Op. Cit. Pág.935 y 936)

⁷⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Op. Cit. Págs. 416 y 417).

partidor para lo que no abarque la facultad del 831 CC; y esto es acorde además, referido a la empresa, con la adjudicación contemplada en el artículo 1.056, párrafo segundo CC.

En conclusión, cuando se trate de atribuir la legítima a los descendientes no comunes o atribuirles alguna disposición ordenada en su favor por el testador (por ejemplo, un legado a un hijo extramatrimonial, en pago de su legítima o por encima de su legítima) el cónyuge (que no sea pariente en línea recta del favorecido) tendrá «poderes.....en cuanto a tales bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones». Puede ello servir, por ejemplo, para que el legado sea entregado por el cónyuge fiduciario al hijo no común en pago de su legítima, sin que tengan que intervenir en tal acto los demás legitimarios comunes.

Solo resta hacer una crítica: la redacción, que es confusa, farragosa y muy poco técnica. El empleo del término “poderes” es desafortunado, porque el apoderamiento es una forma de mandato voluntario que no se emplea para la representación legal

12.- PAGO DE LEGÍTIMAS Y CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON CARGO AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE FACULTADO

Como hemos visto en el capítulo anterior, el cónyuge facultado puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes. El precepto parece presuponer una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del cónyuge supérstite, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto. Pero esta posibilidad puede causar algunos problemas por dos razones:

a).- Como hemos sostenido, los legitimarios, al menos, los hijos o descendientes no comunes, no están obligados a esperar a la muerte del fiduciario para cobrar la legítima de la herencia del testador. La prolongación del poder distributivo en la persona del fiduciario, supone un gravamen para las legítimas, por lo que parece aplicable al cónyuge, respecto del pago de la cuota legal, el plazo establecido para el ejercicio del albaceazgo, que es el de un año, según dispone el artículo 904 CC La aplicación de la delegación del 831 CC supone una auténtica excepción a este plazo, por cuanto se trata de una situación especial regulada detenidamente en el Código Civil. Si tenemos en cuenta que el espíritu de redacción del 831 CC en la reforma de 2003, es el de la protección de los discapacitados e incapacitados, más

aun debemos admitir una excepción como esa.

En consecuencia, si los herederos forzosos reclaman la legítima que les corresponde en la herencia del cónyuge difunto, las adjudicaciones complementarias hechas a costa del patrimonio del cónyuge superviviente, solamente podrán hacerse mediante donaciones *inter vivos*, sujetándose a las reglas de las donaciones (incluidas las de revocación de donaciones, por ejemplo por superveniencia), ya que las disposiciones mortis-causa son esencialmente revocables, y no pueden considerarse pagadas las legítimas (y ni siquiera se entenderán pagadas las disposiciones testamentarias no inoficiosas del cónyuge premuerto), mediante atribuciones esencialmente revocables y, que en caso de no revocarse, solamente tendrán efecto a la muerte del disponente.

b).- El patrimonio del cónyuge sobreviviente puede sufrir alteraciones desde el momento en que realiza las adjudicaciones complementarias, a costa de su patrimonio, hasta el momento de su muerte.

Así, puede suceder que en el momento de su muerte resulte que aquellas adjudicaciones, realizadas en su día, sean inoficiosas porque perjudiquen las legítimas de sus propios legitimarios.

Además, el cónyuge sobreviviente puede tener, después de haber ejercitado la facultad conferida por el testador, nuevos hijos no comunes, por lo que el importe de la legítima individual que a los hijos comunes les corresponde puede verse disminuida por la concurrencia de legitimarios imprevistos en el momento en que el cónyuge viudo paga las legítimas con sus propios bienes. Es cierto que si el cónyuge sobreviviente tiene hijos no comunes nacidos posteriormente, se extingue la facultad, pero puede ocurrir que aparezca un hijo no común que se creía muerto; también puede suceder que haya ejercitado la facultad antes de tener hijos no comunes y que sus atribuciones anteriores al nacimiento perjudiquen la legítima de estos hijos. No obstante, si las atribuciones fueron hechas en vida, cabe la revocación de donaciones por superveniencia (646 CC). Sin embargo, no tratándose de donaciones en sentido estricto resulta dudoso que sea aplicable el artículo 646. Lo que sí podría suceder es que al no haber contado con la cuota del nuevo legitimario, para garantizar su legítima tengan que corregirse las actuaciones del fiduciario, pero no por la vía de la revocación de donaciones que es una regla extraordinario cuyo supuesto no parece que pueda ampliarse.

Tal vez la posibilidad de pagar legítimas y demás disposiciones del causante, con cargo a los bienes del cónyuge fiduciario, quede limitada a la hipótesis de ejercicio de la facultad

con efectos aplazados a la muerte del cónyuge fiduciario, en cuyo caso si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos realizados en ejercicio de sus facultades quedarán sin efecto.

Estas son las consecuencias de la importación de una figura de carácter foral al sistema del Código Civil de Derecho común, por lo que debe ser la inteligencia e imaginación de la doctrina y los Tribunales que la interpretan y aplican, los que encuentren caminos para la conciliación entre unas y otras normas, que hagan útil y aplicable el artículo con la redacción que hoy tenemos, hasta que el legislador corrija sus lagunas.

13.- PRETERICIÓN DE UN DESCENDIENTE NO COMÚN

Como observaremos, no obstante lo analizado hasta ahora, por lo que se refiere al respeto de la legítima de los descendientes comunes y no comunes, el precepto hace una regulación explícita para el caso de preterición errónea del que no fuera descendiente común en el párrafo 2º del n º 4. Es calificada de “algo enigmática” (CAMARA LAPUENTE⁷⁵), porque contempla “la preterición errónea de algún descendiente no común”, esto es, solo del causante pero no del fiduciario. Además realiza una regulación de efectos igualmente enigmática, porque lo que dice era obvio con la regulación normal del Código Civil: *«Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido»*. Realmente, la aplicación del régimen de legítimas en el Código Civil, ya comporta el resultado previsto en esta sanción, que es el de las acciones de preterición parcial de alguno o algunos de los descendientes.

No distingue el párrafo entre la preterición total y la parcial, aunque al decir “alguno” debe entenderse que es parcial, y más aún si se supone la concurrencia con los descendientes comunes; por lo tanto debemos concluir en que se refiere a la parcial.

Tampoco habla de la preterición intencional, que conforme el 814 CC dará derecho a ese descendiente (sea común ó no) a solicitar que se reduzca la institución de heredero en cuanto perjudique sus derechos, ó sea, a que se le dé lo que corresponda de legítima estricta, lo que concuerda perfectamente con lo establecido en este artículo 831 CC.

El único tipo de preterición al que establecería una regulación distinta por lo tanto, sería

⁷⁵CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. (Op. Cit. Pág.935 y 936).

el de la preterición errónea de todos los hijos (artículo 814.2.1º CC, e incluiría todos los comunes y no comunes). Esta preterición total anularía la institución de la fiducia sucesoria, pero por presupuestos definitorios, esta situación no se puede producir, porque al delegar en el fiduciario para mejorar, lo hace a favor de hijos o descendientes comunes. Por lo que ya está mentando y designando a estos, lo que hace que no pueda haber preterición total.

Así pues, sólo se modifica el efecto para el caso de preterición no intencional y parcial del que no sea descendiente común: en vez de la regla que en esta situación debería aplicarse, esto es, una anulación de la institución de heredero (814.2.2º CC), se produce el efecto especial de este párrafo, «... no podrá menoscabar la parte del preterido», que a mi juicio es que se reduzca la institución de heredero hasta que se paguen sus derechos legitimarios.

Esto admite posibles interpretaciones:

1ª.- Que el fiduciario está obligado a compensar con la asignación oportuna la preterición errónea en que incurrió el testador; para lo que en aras del mantenimiento de la validez de la institución de herederos, se hace mediante el 831 CC una regulación excepcional para la preterición errónea parcial del 814 CC, por la que el fiduciario puede subsanar el error en aplicación del *favor testamenti*, (CAMARA LAPUENTE⁷⁶), so pena de la impugnación de los actos del fiduciario. Esta es la teoría que compartimos.

2ª.- Que en el caso de preterición errónea de alguno de los hijos o descendientes no comunes del testador, la ejecución de la fiducia sin corregir esa preterición, produzca los efectos y acciones del artículo 814 CC respecto de las instituciones hereditarias establecidas en el testamento y desde luego las distribuciones realizadas por el fiduciario. Se produce la duda de si se anulará la institución de heredero (y por lo tanto la del fiduciario) por aplicación de la regla general del 814.2 CC, o por el contrario la reducción de las disposiciones realizadas por aplicación de la regla contenida en el 814.1 CC para la preterición intencional. Se apoya esta última interpretación en que el fiduciario pudo conocer, al menos antes de la ejecución de la fiducia, la existencia del legitimario que en vida desconoció el testador, y por lo tanto, a tenor del texto literal del 831.4 CC (<<...no menoscabar los derechos del preterido...>>) bastará con que compense ese error.

Además, hay otro problema que no es tratado por el precepto: la posición de otros legitimarios del cónyuge viudo que no lo sean del causante y que se puedan ver

⁷⁶CAMARA LAPUENTE, S. “Código ...” (Op. Cit. en nota anterior) (pag. 935)

perjudicados a causa de las disposiciones del viudo respecto de sus propios bienes, en ejercicio de la opción que le da el último párrafo del n° 3 («... *con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades*»).

Así pues, si el cónyuge supérstite utiliza sus propios bienes para pagar a los legitimarios y perjudica los posibles derechos de los suyos propios, estos últimos podrían impugnar esas atribuciones en su día, por la vía de la inoficiosidad.

3ª.- A juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷⁷, el párrafo, resultaría innecesario porque una correcta interpretación y aplicación del artículo 814 CC nos hubiera llevado al mismo resultado. Por hipótesis, el preterido no intencionalmente concurrirá con otros u otros legitimarios, descendientes comunes del causante y del cónyuge facultado. En consecuencia, se trata de un supuesto de preterición no intencional de «alguno o algunos» de los hijos o descendientes, que provocaría, conforme a lo dispuesto en el artículo 814, 2 ° CC, la nulidad de la institución de heredero, excepto si el llamado fuera el cónyuge, en cuyo caso la institución de heredero se reducirá en cuanto perjudique las legítimas. En todo caso valdrán las mandas y mejoras realizadas por el testador, en cuanto no sean inoficiosas. Pero la aplicación del 831.4 CC le da un efecto distinto: en principio, el preterido tiene derecho a toda su cuota intestada y esa es «la parte» que le corresponde. A mi juicio, solo tiene derecho a su legítima, pero sin traba ni aplazamiento alguno, en virtud del principio de intangibilidad, pero no obstante, la tesis de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷⁸ no está mal fundada. Para esta autora, el hecho de que valgan las mandas y las mejoras ordenadas por cualquier título por el testador no significa que su cónyuge esté facultado para ordenar mejoras que disminuyan la cuota intestada del preterido. La facultad conferida no puede llegar a tanto, porque no se sabe cual hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia o la supervivencia del preterido, por lo que debe aplicarse estrictamente lo dispuesto en la Ley en defensa de sus intereses.

4º.- El artículo 831 CC establece un efecto especial para el caso de preterición no intencional y parcial de un descendiente no común, recogido en el párrafo 2º del apartado 4. Se trata de un efecto especial en cuanto que no se anula la institución de herederos, como establece el artículo 814 CC para el caso de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes, sino que «no podrá menoscabar la parte del preterido», que a juicio

⁷⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831...” (Op. Cit. pag. 1144).

⁷⁸LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (en nota anterior en pag 1144 y 1145).

de GARCIA RUBIO⁷⁹ es que se reduzca la institución de heredero hasta que se le pague la legítima. Para esta autora, significa que también en este caso de existir y en tanto en cuanto no sea mejora, se anulará la institución de heredero hecha por el causante, salvo que el instituido sea el propio cónyuge. Si acaso sirve además para ratificar que la preterición no intencional de alguno de los descendientes no comunes no supone la extinción de la delegación.

Solo para concluir, es esencial hacer una última consideración. El respeto a la porción del preterido no intencionalmente, ordenada por el artículo 831 CC, no puede significar que el cónyuge sobreviviente facultado para distribuir el caudal del difunto, pueda dejar de respetar la porción del hijo o descendiente no común, preterido intencionalmente, del que no se ocupa el precepto. La parte que a éste corresponde es su legítima estricta, como en el supuesto de desheredación injusta, y esa «porción» le deberá ser pagada sin gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie y con bienes de la herencia, dada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

14.- PRETERICIÓN DE UN HIJO O DESCENDIENTE COMÚN

El precepto tan solo habla de preterición no intencional de un hijo o descendiente no común, pero puede suceder que el preterido no intencionalmente sea un descendiente común. Por ejemplo, que aparezca el hijo común que se creía muerto o que aparezcan descendientes del hijo común premuerto cuya existencia ignoraban los abuelos, que se considerarán preteridos si su progenitor no fue nombrado en el testamento (art. 814, 3 CC); lo cierto es que el progenitor no tuvo por qué nombrarlo, si lo creía muerto en el momento de redactar testamento e ignoraba la existencia de su descendencia. En este caso, a mi juicio, la cuota que le corresponde al preterido es, igual que si se tratase de un hijo o descendiente no común porque su consideración por parte del causante es la de un hijo al que desconoce o ignora. En este caso, entraría la aplicación normal del artículo 814 CC, si bien para el caso de aparecer descendientes desconocidos de otro hijo premuerto que no era preterido, se aplicará la llamada “representación en la sucesión legítima”, por la que los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a este en la herencia y no se considerarán preteridos.

⁷⁹GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. (Op. Cit. pag 91, 99 y 100).

Ahora bien, en este supuesto, como se trata de descendencia común cabe pensar que el cónyuge superviviente podrá actuar como lo hubiera hecho de no haber sido preterido ninguno de los descendientes comunes, pues ya el testador nos ofreció un indicio de su voluntad, al conceder a su cónyuge amplias facultades atributivas y distributivas en relación con la descendencia común.

Sin embargo, a juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁰, en realidad tampoco aquí se puede saber cuál hubiera sido la voluntad del testador de haber conocido la existencia de sus descendientes preteridos, por lo tanto, esta autora, se inclina a pensar que habrán de recibir íntegra su cuota intestada, sin perjuicio de las mejoras y demás disposiciones hechas en vida por el causante. No creemos que deba hacerse sin los plazos de espera señalados para los casos de viuda encinta. Supongamos que al fallecimiento la viuda está embarazada o tiene la autorización de su marido para una inseminación post-mortem, y que en ambos casos los nuevos hijos comunes nacen perfectamente.

Si el hijo o descendiente común ha sido preterido intencionalmente, los efectos serán los mismos que los de la desheredación injusta (cfr. art. 814 en relación con el 851, ambos del CC). El cónyuge superviviente deberá pagarle su legítima estricta, sin poder mejorar ni atribuirle bienes con cargo al tercio de libre disposición.

15.-EL ARTÍCULO 831 CC COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.

Hemos anticipado anteriormente (capítulo VI) todo lo relativo a esta cuestión y a ese análisis nos remitimos. Aquí solo haremos una brevísima recapitulación: GOMEZ GALLIGO⁸¹, cree que se ha llegado al fin de la intangibilidad de la legítima, y recoge la opinión que sostuve (RUEDA ESTEBAN⁸²) en el año 2003, sobre una serie de reformas parciales del Código Civil, de desnaturalización de la legítima en Derecho Común y acercamiento al Derecho Foral: 1º.- La Ley 11/1981 de 13 de Mayo, generalizó el pago en metálico de la legítima, modificando el artículo 841 CC, y permitiendo al testador o contador-partidor, facultado por aquel, adjudicar todos los bienes de la herencia a alguno

⁸⁰ LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (Op. Cit. en nota anterior, pag 1145 y s.s.).

⁸¹ GOMEZ GALLIGO, J. “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”. En la obra colectiva “Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad”. ISBN: 84-96347-59-1. Editorial “SAN JOSE, S.A.”. Depósito Legal 1934-2006. (Pág. 90-91).

⁸² RUEDA ESTEBAN, L. “El párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. En la obra “El patrimonio Familiar, profesional y empresarial; sus protocolos”. (Dirigida por Vicent Juliá, Garrido Melero y Fernando Estevill). Editorial BOSCH. ISBN 84-9790-134-7. (pag 226).

de los descendientes. 2º.- La reforma del art. 1056 CC por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003 de 1 de Abril, de la SL Nueva Empresa, permitiendo la atribución unitaria a uno de los legitimarios de la explotación familiar en aras del mantenimiento de la unidad de la empresa familiar; y el consiguiente pago en metálico a los demás en caso de acciones o participaciones de sociedades de capital. 3º.- Y este proceso, ha dado un avance definitivo en la Ley 41/2003, por dos vías: a) Incrementando la facultad de distribución encomendada al cónyuge sobreviviente en el art.831 CC. b) Sobre todo, admitiendo la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta.

Concluye en este punto GOMEZ GALLIGO⁸³ reclamando un debate sobre el mantenimiento de la naturaleza legítima en el Derecho Civil Común. Ya antes, lo había anticipado DIAZ ALABART⁸⁴, para quien sería conveniente una modificación del sistema de las legítimas de los descendientes en el Derecho Civil común a los efectos de facilitar

⁸³GOMEZ GALLIGO, J. "El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado". En la obra colectiva "Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad". (Op. Cit.) Dice este autor que "No se trata ahora de decidir si los pasos dados son o no más conformes con la realidad social actualmente imperante en los territorios de Derecho Común. Quizás sea así. Lo único que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código Civil, rechazando estas reformas parciales del Código Civil efectuada por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria". (Op. Cit. pag 90 y 91).

⁸⁴DIAZ ALABART, S. "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad". Sostiene la maestra que "aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto". Además en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», RDP mayo-junio 2004, pp. 259-270, especialmente pp. 267-268; de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831 CC, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad - de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

una mayor disposición del causante.

En consecuencia, debemos considerar obsoleto e inadecuado, para la realidad actual, el sistema legitimario del Código Civil. Y será deseable, que posteriores reformas que se hagan sobre esta materia, no sean concretas regulaciones que de forma puntual van trastocando el Código Civil, de forma que en el sistema general del mismo, complique la interpretación de la doctrina.

CONCLUSIONES

1.-Tradicionalmente, hay dos clases fundamentales de límites a las facultades del fiduciario. En primer lugar, las que resultan de la relación entre el artículo 831 CC con otros preceptos del Código Civil: legítimas, intangibilidad de la legítima, menores, incapacitados, uso y habitación de la vivienda habitual a favor de los discapacitados, inoficiosidad y reducción de donaciones, reservas, personalismo del testamento, prohibición de pactos sucesorios y testamentos mancomunados, reglas de partición. En segundo lugar, los que resultan del principio de libertad de testar y autonomía de la voluntad del testador, esto es, el respeto que se debe a lo dispuesto por él, en su testamento.

Además de estos límites tradicionales, hay dos grandes límites en relación con el grupo de personas que son los sujetos pasivos de la delegación del artículo 831 CC, es decir, aquellos a quienes se puede mejorar o a favor de quienes se puede distribuir y adjudicar (capítulo X); y aquellos que no pueden ser perjudicados, es decir los legitimarios.

2.- Pueden ser mejorados tanto los hijos como los descendientes comunes, incluso cuando existan descendientes, cuyos progenitores que son hijos del causante y del delegado viven y ostentan derecho a la legítima. Otra cosa es que estos hijos, no puedan ser privados de la misma.

3.- El grupo de los posibles mejorados será apreciado en el momento de la apertura de sucesión del causante. Hace excepción, la situación en la que el descendiente puede adquirir su capacidad para suceder en tiempo hábil posterior al de la apertura de la sucesión. Se trata de los llamados por sustitución fideicomisaria y la del *concepturus* en los casos de fecundación *post mortem* conforme los requisitos del artículo 9.2 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (prestación de consentimiento por el fallecido en escritura pública o documento de instrucciones previas ante funcionario competente por la Ley para recibirlas y que no hayan transcurrido doce meses desde su fallecimiento).

4.- Los hijos y descendientes no comunes no podrán ser mejorados por el fiduciario, sino

tan solo por el testador, ya que no cabe la extensión de las facultades del 831 CC, al tratarse de una norma excepcional. Lo único que impone el artículo 831 CC respecto de estos, es el respeto de la legítima.

5.- Hay tres límites objetivos a las facultades del delegado: respeto de la legítima estricta de los descendientes comunes, no alteración y respeto de la legítima de los descendientes no comunes y respeto de la voluntad del testador manifestada a través de sus disposiciones.

6.- Las disposiciones del testador que debe respetar el delegado revisten varias formas: a).- disposiciones de algunos bienes a favor de personas distintas de los descendientes, cuyo límite es el tercio de libre disposición. b).- órdenes sobre las consideraciones que habrá de tener en cuenta el fiduciario, a la hora de llevar a cabo la distribución de los bienes del caudal hereditario. c).- disposición de una parte de los bienes a favor de los descendientes –comunes y no comunes- que supone una mejora.

7.-Las mejoras se sujetarán a las reglas siguientes:

a).-El supérstite debe respetar las mejoras hechas por el causante, bien sean expresas o tácitas, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a título de herencia, legado o donación, fideicomiso, mejora de cuota, sustitución fideicomisaria de atribución o de valoración, e incluso promesas de mejorar del 826 CC y los pactos del artículo 827 CC.

b).-Ninguna mejora del delegado revocará otra anterior del causante, puesto que prevalece la voluntad del testador en sus disposiciones de última voluntad.

c).-La voluntad del causante puede dispensar al delegado del respeto de las mejoras hechas por el causante y conceder facultades al fiduciario para reducir o revocar las mejoras hechas en vida por el testador.

Además, estas órdenes pueden ser de carácter dispositivo o particional, si bien, en el caso de difícil catalogación de estas, la interpretación corresponderá al fiduciario.

También se cumplirán por el fiduciario las órdenes e instrucciones dadas por el testador relacionadas con la partición, tales como valoraciones –cuantía-, calificación de bienes, atribuciones, dispensas de colacionar, imposiciones de colación y calificación como colacionables de determinadas donaciones.

8.- La posición del fiduciario, por lo que respecta a los descendientes comunes es la siguiente: a) Tiene obligación terminante de respetar las legítimas. b) Deberá cumplir las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de ellos. c).- Vigilará las atribuciones y mejoras en orden a cumplir el carácter colacionable de las donaciones –en su caso- la reducción de las mismas por inoficiosidad.

9.- La acción concedida por el artículo 831 CC al descendiente común perjudicado –pero no preterido-, es una acción rescisoria y solo en la medida necesaria para obtener la pretensión, limitándose al interés lesionado. Cuando no se haya respetado la legítima de algún descendiente común, o su cuota de participación en el caudal relicto, ordenada por el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del fiduciario, pero solo en lo necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Esta acción es de naturaleza parecida a la de rescisión por causa de la lesión del artículo 1075 CC.

10.- En cuanto a la forma de pago, la regla general es el respeto absoluto del principio de intangibilidad de la legítima. En este sentido, el artículo 831 CC ha recordado la protección de las legítimas de los no beneficiados, que son un muro insalvable en la actuación del supérstite. No obstante, la redacción de 2003, ha admitido nuevos horizontes con la habilitación del pago a los legitimarios con bienes propios del supérstite, e incluso de los procedentes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, lo que acerca también la facultad a las fiducias forales en lo que se refiere a la naturaleza de la legítima; todo esto, unido a la también reformada redacción del 1056.2 CC y la forma de pago recogida en los 841 siguientes del CC, hacen, como analizaremos con detalle, que surja una corriente que entiende que estamos ante un posible cambio en la naturaleza de la legítima de derecho común.

11.- El plazo señalado para el ejercicio de la facultad de mejorar, en principio no afecta al derecho a percibir la legítima estricta de los hijos y descendientes comunes pero sostenemos que en circunstancias determinadas se ha producido una modificación de la intangibilidad de la legítima y aceptamos ese plazo para el pago a descendientes comunes. De no existir una regla especial y excepcional –como por ejemplo, el artículo 1056.2 CC- que recoja un régimen distinto, o la protección del patrimonio familiar, o defensa de los intereses de incapacitados o discapacitados, deberemos entender que se aplican las reglas ordinarias que para otros casos de pago de la legítima estricta. Pero este plazo –de establecerse-, sería admisible en casos, por ejemplo, en los que el pago de esa legítima lo sea por empleo de la fiducia del 831 CC para la atribución de la explotación o empresa familiar a uno de los hijos o descendientes, o defensa y mantenimiento del patrimonio o intereses de discapacitados o incapacitados, de forma que haya que realizar el pago de la legítima estricta a los restantes hijos o descendientes comunes, y no en otros casos. No obstante somos proclives a defender la extensión del plazo de pago de esta legítima

atendiendo a las circunstancias de cada situación en particular, con la aprobación judicial, en aras del sostenimiento de la fiducia, que de otra forma se vería vaciada en gran parte de su contenido.

12.- La “no alteración” a que se refiere el artículo 831 CC respecto a los legitimarios que sean descendientes no comunes, supone un respeto del régimen legitimario de esos descendientes no comunes que observará las siguientes reglas:

a).- El pago de la legítima de estos descendientes no comunes, no puede quedar sometido a plazo alguno, porque al tratarse de legitimarios que no tienen relación sucesoria directa con el fiduciario, pueden verse perjudicados por este.

b).- Salvo disposición expresa del causante manifestada en el testamento, los derechos legitimarios de estos descendientes no comunes no se circunscriben ni limitan a la legítima estricta, porque no resulta del 831.4 CC, a diferencia de lo que ocurre con los descendientes comunes, que están sometidos expresamente a esa parte estricta por la literalidad del 831.3 CC. Por lo tanto, la participación de los descendientes no comunes, a falta de mención especial del causante, será en la legítima larga (tercio de legítima y tercio de mejora dividido entre las cabezas).

c).- La legítima de esos descendientes no comunes, no podrá ser pagada con bienes no hereditarios, porque la facultad del fiduciario de hacerlo con los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada o con los suyos propios, solo puede utilizarla con los descendientes comunes. Esto es así, porque esas facultades están autorizadas en los 831.1.1º y 831.3.3º del CC, que están situados en orden anterior al régimen de los descendientes no comunes, y además incardinados en el de los descendientes comunes

13.- Los descendientes no comunes, siguen conservando, a pesar de la fiducia, todas las acciones de complemento y suplemento de legítima, de preterición, de reducción de disposiciones y donaciones inoficiosas, y por supuesto la de la intangibilidad de la legítima, que como veremos puede suavizarse respecto de los comunes, pero no respecto de ellos. Las actuaciones que no sean susceptibles de reducción, serán de nulidad, en armonía con la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima.

14.- Cuando se trate de atribuir la legítima a los descendientes no comunes o atribuirles alguna disposición ordenada en su favor por el testador (por ejemplo, un legado a un hijo extramatrimonial, en pago de su legítima o por encima de su legítima) el cónyuge (que no sea pariente en línea recta del favorecido) tendrá «poderes.....en cuanto a tales bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos

de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones». Puede ello servir, por ejemplo, para que el legado sea entregado por el cónyuge fiduciario al hijo no común en pago de su legítima, sin que tengan que intervenir en tal acto los demás legitimarios comunes.

15.- El cónyuge facultado puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes. El precepto parece presuponer una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del cónyuge superviviente, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto. Pero los hijos o descendientes no comunes, no están obligados a esperar a la muerte del fiduciario para cobrar la legítima de la herencia del testador.

16.- El fiduciario está obligado a compensar con la asignación oportuna la preterición errónea en que incurrió el testador; para lo que en aras del mantenimiento de la validez de la institución de herederos, se hace mediante el 831 CC una regulación excepcional para la preterición errónea parcial del de un descendiente no común, por la que el fiduciario puede subsanar el error en aplicación del *favor testamenti*, so pena de la impugnación de los actos del fiduciario. Se trata de un efecto especial en cuanto que no se anula la institución de herederos, como establece el artículo 814 CC para el caso de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes, sino que «no podrá menoscabar la parte del preterido», es decir, que se reduce la institución de heredero hasta que se le pague la legítima. Significa también que se anulará la institución de heredero hecha por el causante, salvo que el instituido sea el propio cónyuge. Si acaso sirve además para ratificar que la preterición no intencional de alguno de los descendientes no comunes no supone la extinción de la delegación.

17.- La preterición no intencional de un hijo o descendiente común, sobre la que no trata especialmente el artículo 831 CC se regulará por las reglas de la preterición. La cuota que le corresponde al preterido es, igual que si se tratase de un hijo o descendiente no común porque su consideración por parte del causante es la de un hijo al que desconoce o ignora. En este caso, entraría la aplicación normal del artículo 814 CC, si bien para el caso de aparecer descendientes desconocidos de otro hijo premuerto que no era preterido, se aplicará la llamada “representación en la sucesión legítima”, por la que los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a este en la herencia y no se considerarán preteridos.

CAPITULO DUODÉCIMO (XII).- EL EJERCICIO DE LA COMISIÓN O ENCARGO: EJECUCIÓN DE LA DELEGACIÓN Y DE LA FIDUCIA.

1.- FORMAS DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA.

Distinguiremos entre formas materiales de ejercicio de la fiducia y formas documentales de ejecución de los actos de la fiducia.

1.1.- FORMAS MATERIALES.

Tiene su regulación especial en el párrafo segundo del número 1 del artículo 831 CC: *«Estas mejoras, adjudicaciones ó atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno ó varios actos, simultáneos o sucesivos»*. Con lo que nos indica un principio general de posibilidad de ejecución sucesiva y dilatada en el tiempo.

Pero ya antes, en el párrafo anterior matiza: *«... en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.»*. Respecto al causante, las adquisiciones de los herederos lo son siempre a título *mortis causa*, pero respecto al fiduciario, pueden revestir diversas formas los títulos de adquisición.

Con esta regulación del 831, tras la reforma de 2003, se admiten todo tipo de posibilidades *inter vivos* (cualquier acto ó instrumento público de adjudicación, atribución, especificación ó donación, si bien, como veremos posteriormente, no puede haber una verdadera donación); Lo que si es verdad es que el fiduciario va a transmitir los bienes del causante que correspondan a título gratuito, pero no se puede decir que esté donando en puridad y la causa no es un ánimo de favorecer sino de cumplir con el encargo como mejor se sepa hacer y además puede ejercitarse la facultad en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, extremo éste que no aclaraba el precepto en su redacción originaria ni en la anterior de 1981 y que puntualizó con éxito la redacción actual de 2003. En este caso, pueden serlo tanto a título gratuito, que será lo normal, como a título parcialmente oneroso, en cuyo caso la atribución o mejora lo será en cuanto a la parte gratuita.

Y *mortis causa* (testamento del cónyuge supérstite), en cuyo caso lo podría ser única o tan solo respecto de aquello de lo que no se distribuyó en vida del fiduciario.

La reforma de 2003, también resolvió las dudas sobre la simultaneidad o posibilidad de hacer la distribución de forma sucesiva: << *Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos.* >>. Lo que a mi juicio, tiene clara interpretación y no ofrece duda de que se trata de una auténtica fiducia.

En el mismo sentido SIERRA PEREZ¹, para quien el párrafo segundo del artículo 831 CC, establece como única exigencia, siguiendo a ALPAÑES², que la elección de cualquiera de las formas, se haga directamente y de forma clara e indubitada, de manera que no pueda haber duda alguna sobre que la declaración de voluntad emitida por el distribuidor se refiere a la herencia del premuerto y no a la suya.

Y sin embargo, parte de la doctrina (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA³), estima que el nombramiento de herederos en «actos sucesivos» no resulta convincente. Porque a su juicio, con cierta razón, “si existen deudas, todos los herederos responden incluso con su propio patrimonio, salvo aceptación a beneficio de inventario”, por lo que no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas, cosa que puede suceder si los nombramientos se hacen en actos sucesivos y distantes en el tiempo. A mi juicio, teniendo la salvaguarda del beneficio de inventario, no parece tan grave. Es más, pensando en hijos o descendientes legitimarios que han aceptado la herencia ya en esa medida, responderían de las deudas y podrían los acreedores ir no sólo contra su legítima estricta, (que ya hemos visto que el fiduciario ha de pagarla) sino también como herederos, esto es con su propio patrimonio. Por otra parte también es posible que si son legatarios y no herederos, su responsabilidad se acabe con el valor de lo legado. Por lo tanto no supone grave problema.

Además, si el cónyuge se retrasa en el nombramiento de herederos y existen deudas, los acreedores no están obligados a esperar para cobrar. Ciertamente es que podrán demandar a la «herencia yacente y los herederos presuntos», pero también podrán instar en juicio al cónyuge para que nombre herederos y manifiesten si aceptan o repudian (sobre la cuestión de la *interrogatio in iure* o *interpellatio*, hemos tratado suficientemente en el

¹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre (RCL 2003/2695)”. Revista de Derecho Patrimonial. ARANZADI-THOMSON-2007 (Pág. 89 a 121, especialmente 113 y s.s.).

²ALPAÑES, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 194. Año 1953. (Pág. 273 y s.s.).

³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, Julio-Septiembre de 2005. Publicaciones B.O.E, Madrid 2006 (Pág. 1127.).

capítulo IX⁴), por aplicación analógica del artículo 1005 CC.

No obstante, y al margen de la cuestión de las deudas de la herencia, que presentan otro ámbito de aplicación, a mi juicio, la conclusión es que las mejoras y las adjudicaciones, tanto unas como otras, lo podrán ser en uno ó varios actos, que pueden ser simultáneos ó sucesivos; y con atribución de bienes concretos ó de cuotas con asignación de cosa ó incluso de cosas con delimitación de cuota. La distribución no tiene por qué ser completa y total. Así, por ejemplo, el fiduciario asigna un bien concreto a un descendiente en concepto de mejora, sin distribuir todavía el resto y el acto puede ser de adjudicación de bienes concretos o de simple asignación de cuotas, o incluso en comunidades romanas o pro indivisos, para que luego se repartan entre los comuneros y a su voluntad los bienes entre esos favorecidos.

Para VALLET DE GOYTISOLO⁵, las mejoras realizadas por el “cónyuge facultado”, actualmente el fiduciario, no son, ni pueden ser donaciones, porque se actúa con bienes relictos del difunto, ó sea que ya integran la herencia y por lo tanto pertenecen a los herederos. Pero el hecho, de que incorrectamente, diga que dona, no debe afectar a la esencia del acto que valdrá conforme su propia naturaleza. Así pues, aunque se utilice de forma poco técnica (la atribución de los bienes de la herencia del delegante se hace a título gratuito e *inter vivos*, ya que a eso obliga la fiducia, pero nadie dona nada. El causante no lo hace porque sus bienes se transmiten *mortis causa*, y el fiduciario tampoco porque ni dona lo suyo ni tiene *animus donandi* alguno, sino el de cumplir con la fiducia, ya que el es quien está facultado para distribuir y para ello actúa como una especie de transmitente material de los bienes del delegante) el vehículo de la donación, realmente estamos ante una distribución, sea total o parcial. En parecido sentido LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶, para quien no parece que el cónyuge pueda hacer donaciones⁷, en sentido propio, con los bienes del difunto, que se recibirán siempre por título sucesorio, aunque la asignación se haga por actos *inter-vivos*.

⁴DIAZ ALABART, S. “La *interrogatio o interpellatio in iure* (art. 1005 CC)” Trabajo en homenaje Rafael Gomez-Ferrer Sapiña, pendiente de publicación y facilitado por gentileza de la autora. A juicio de esta autora, no cabe la *interpellatio in iure* para el caso de la fiducia del 831 CC, porque una cosa es la aceptación o repudiación de la herencia y otra muy distinta la de aceptar o renunciar a la facultad especial que concede el artículo 831 CC.

⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 420 y 423).

⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1128).

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sucesiones...” (en nota anterior, p. 355).

También podrá el fiduciario ejercitar la facultad conferida por disposición de última voluntad, posponiendo hasta el momento de su muerte el reparto de la herencia del difunto, con respeto, naturalmente, a las legítimas. En el caso de ser *mortis causa*, el cónyuge fiduciario puede ejercitar la facultad en su propio testamento, con lo que tendrá carácter esencialmente revocable hasta el momento de su fallecimiento y puede ligarse y ser completada con la partición de su propia herencia. Respecto de esta segunda posibilidad, nada decía la redacción anterior de 1981, pero la actual de 2003, lo reconoció literalmente, si bien es necesario que el testador haya atribuido al fiduciario esta facultad de forma expresa. Más discutible es si, no habiéndosela atribuido expresamente, el señalamiento de plazo por toda la vida del fiduciario equivale a la posibilidad de usar esta facultad en su propio testamento. Lo trataremos a continuación.

La ejecución a través del testamento sólo será posible, por tanto, si así se le hubiese permitido al fiduciario y a juicio de SIERRA PEREZ⁸, será válida cualquier forma de testamento, aunque esta afirmación, creo debe ser cuestionada (RUEDA ESTEBAN⁹), ya que es muy peligroso dejar la realización de actos de ejecución de fiducia, que participan de la naturaleza de las particiones hereditarias, a la posibilidad del testamento ológrafo. Es conveniente para este tipo de documentos la forma notarial. En este caso, como señala DÍAZ FUENTES¹⁰, si se realiza la ejecución por el viudo en su propio testamento, no testaría por su cónyuge, sino que en ese propio testamento, como pudiera efectuarlo en instrumento diferente, vendría a dar expresión o constatación a la decisión tomada sobre la herencia de su esposo fallecido. Continúa diciendo este autor que las conveniencias de solemnidad y autenticidad no se cumplirían de peor manera que en cualquier otro medio y que la única objeción es que la publicidad de su resolución habrá de demorarse hasta después de su fallecimiento. La práctica habitual, señala CALATAYUD SIERRA¹¹, es que el cónyuge fiduciario ejecute la fiducia en el

⁸SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 89 a 121, en especial 93 y 113 y s.s.).

⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de la Academia Granadina del Notariado 2005) Nº 279 (Pág. 907 y 994). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (página 187).

¹⁰DÍAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII-3. Año 1965 (Pág. 903).

¹¹CALATAYUD SIERRA, A. “Ley de Sucesiones: comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho Civil sobre la fiducia sucesoria”. RDCA. Volumen 1º-1999. “Actos de ejecución de la fiducia sucesoria”. Circular 2004/0034 (Pág. 20).

mismo testamento en que ordena su propia sucesión. Esta es, como hemos señalado anteriormente, la forma de ordenación de la sucesión en el patrimonio familiar, y ordinariamente en la empresa familiar. La validez y eficacia de esta práctica no presenta dudas, si bien deberá desprenderse con claridad del testamento que el testador ha querido disponer no sólo de sus propios bienes sino también de los del comitente. Pueden plantearse problemas cuando en un primer testamento se hace uso de la condición de fiduciario y en otro testamento posterior, sin aludir para nada a la discusión de la herencia del cónyuge, se establecen normas para la distribución de los bienes propios. Admitiendo que el testamento posterior deroga el anterior, podría concluirse que se anula la distribución hecha y se renuncia a la facultad concedida. Pero para este supuesto LATORRE MARTÍNEZ¹² entiende que sigue teniendo valor el primer testamento en cuanto a la distribución fiduciaria encomendada. A mi juicio no es así, porque la distribución del patrimonio sometido a la fiducia, es revocable en la medida que está realizada en un acto esencialmente revocable, por lo que cabe su realización en forma distinta a la practicada, hecha en testamento posterior, o incluso que no se realice en aquel, y por lo tanto proceda la distribución en forma ordinaria de partición entre los herederos, en relación con los bienes respecto de los que no se hubiere ejercitado la fiducia.

Pero es que además, también cabe, que se realice una partición con adjudicaciones en un testamento, y que esas adjudicaciones sean revocadas por actos *inter vivos* posteriores, cuya revocación unilateral por el fiduciario no sea posible, con lo que se habrá producido la revocación de las realizadas en el testamento, aunque éste sea el último otorgado por dicho fiduciario.

No concediéndole facultad al fiduciario, para realizar el encargo a través de su testamento, o si teniendo la facultad, el fiduciario decide no emplearla, habrá de realizarlo por actos *inter vivos*. Según la doctrina¹³ puede hacerse por contrato oneroso celebrado con tercero o en un acto unilateral *inter vivos*, pero no por donación. No obstante, como hemos señalado anteriormente, VALLET DE GOYTISOLO¹⁴ considera que el hecho de que, incorrectamente, diga dona, no debe afectar a la sustancia del acto que valdrá conforme su propia naturaleza y en este sentido, sostuvimos, (RUEDA

¹²LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. "De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXXIV-Volumen I. Pág. 290.

¹³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. "El artículo 831 del Código Civil". (Op. Cit. Pág. 1128).

¹⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Comentario al artículo 831" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 427).

ESTEBAN¹⁵), que con la nueva regulación, se admiten todo tipo de posibilidades: *inter vivos* (cualquier acto o instrumento público de adjudicación, atribución, especificación o donación), o *mortis causa*, por cualquiera de las disposiciones de última voluntad del fiduciario, pero bien entendido, que sean válidas y no revocadas por otras posteriores, o que en caso de que existan, esas posteriores, mantengan expresamente la vigencia de aquellas.

En todo caso, la diferencia entre unas y otras, deriva de la propia naturaleza del acto empleado para la distribución, de forma que las distribuciones ó atribuciones hechas *inter vivos*, por la propia naturaleza del acto no son irrevocables unilateralmente, aunque no obstante, pueden ser resueltas por acuerdo entre el supérstite y el mejorado ó beneficiado; mientras que las hechas por disposición *mortis causa* (testamento) son esencialmente revocables en la medida que lo son por la naturaleza de la propia disposición testamentaria.

Llega a tal extremo la libertad que se le da al fiduciario, como veremos más adelante, que le permite pagar con bienes procedentes de la liquidación de la sociedad conyugal («... incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.»), e incluso en el caso de tratarse de cumplir las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes, con bienes propios del fiduciario (<<...cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes al cónyuge que ejercite las facultades.>>). Ya hemos comentado esto en otros capítulos (capítulos VI) suficientemente: se trata de organizar la distribución del patrimonio familiar de una forma sincronizada y ordenada; es una mezcla de patrimonios que responde a un interés del legislador en que se haga la distribución de aquellos, mediante la modernización de la finalidad familiar mencionada en el antiguo artículo 831 CC, que consistía en procurar el mantenimiento de la autoridad del viudo ó viuda para lograr el acierto en la elección (lo que lo hace especialmente aplicable a la transmisión de la empresa). Actualmente, aprovechando la finalidad y espíritu de la reforma de 2003, de protección del hijo discapacitado, se ha transformado el mecanismo y finalidad de mantenimiento de la autoridad del viudo o viuda en una auténtica fiducia sucesoria, que obviamente también tiene ese efecto de “mantenimiento de autoridad”.

¹⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pág. 994). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 187 y 188).

1.2-RETROACCION. Es otro de los efectos naturales de la ejecución de la fiducia: la retroacción de los efectos al momento de la apertura de la sucesión aunque se hubieren producido en época posterior. Una vez ejecutada la delegación y hecha la elección, los efectos se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante (657, 661, 758 y otros del CC). Si bien a efectos fiscales, una vez que transcurran los 6 meses (computados desde los 30 días del fallecimiento) y no se haya liquidado el impuesto de sucesiones, se incurre en mora y se soporta el correspondiente recargo, lo que dice poco a favor del respeto del fisco a la retroacción.

2.- FORMAS DOCUMENTALES DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA. REVOCACION.

2.1 FORMAS DOCUMENTALES. Ya hemos visto como el 831 CC expone con carácter extensivo una amplia gama de vehículos para el ejercicio de la delegación, pero no contempla qué formas habrán de revestir esos actos; por lo que nos tendremos que ajustar a las exigidas para cada uno de ellos: por ejemplo, la entrega de bienes inmuebles en escritura pública (1280 CC) que desde luego, como hemos sostenido, no se trata de una verdadera donación. Ciertamente, cualquier adjudicación de inmuebles, como la que se hace en una partición testamentaria, se otorga en una escritura pública para que tenga todas las condiciones que concede esa forma y en particular que tenga acceso al Registro. Ahora bien, en un sistema en el que impera la libertad de forma para las adjudicaciones de bienes, lo serán conforme la naturaleza de los mismos y según los efectos que se precisen (1279 y 1280 CC). No se habla de la necesidad de escritura pública ni siquiera de si es necesario que conste por escrito o si puede hacerse mediante actos concluyentes, pero entendemos que desde luego para los bienes inmuebles, debe ser por escrito, y más aún, por escritura pública ya que esta es la manera más eficaz para que esas adjudicaciones –en su caso- tengan acceso al Registro y sean oponibles a tercero. Pero si de otra clase de bienes se trata, por ejemplo, la entrega de un bien mueble, hay que pensar que esa entrega – salvo que quede claro que es para transmitir el derecho que se tenga sobre ella-, puede significar otras cosas. Puede tratarse de una entrega de propiedad con la mera entrega material, o un arrendamiento, comodato, o incluso un mero depósito. Lo esencial es que conste de forma clara en concepto de que titulo va a poseer el mejorado y la *traditio* de la cosa entregada, de forma que sea patente si la propiedad de la misma ha sido transmitida o se difiere esa transmisión de

dominio a un momento posterior. Todo, naturalmente en ejercicio de la fiducia.

A juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁶, las distribuciones y mejoras deberán constar en escritura pública cuando las adjudicaciones son relativas a bienes inmuebles, si se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del adjudicatario.

Lo normal será que la entrega se realice mediante un otorgamiento de atribución en ejercicio de la fiducia: justamente lo que es una atribución que normalmente la hubiera hecho el testador en su testamento y que ahora, en virtud de la facultad concedida, la hace el fiduciario; pero evidentemente la forma ha de ser similar a la que se emplea con el testamento, ya que quien recibe lo hace *mortis causa* y a todos los efectos debería ser lo más parecido posible, por eso no se puede hacer una adjudicación verbal, ya que de haberse hecho en testamento constaría en él. Hay otras formas, como la asignación en pago de derechos hereditarios, entrega de bienes en ejercicio de la delegación concedida por el causante, partición de herencia en ejercicio de la facultad de distribución conferida por el 831 y otros; bastarán las formas exigidas por las leyes civiles (1278, 1279 y 1280 del Código Civil), y la Legislación Hipotecaria; tratándose de bienes muebles, aun no existiendo requisito de forma solemne, como hemos sostenido, se hacen también convenientes las formas documentales públicas, además de la constancia probatoria y la necesidad en su caso del carácter ejecutivo. Para LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁷, es posible que se deniegue la inscripción si no dan su conformidad a la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, pues en otro caso el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante. No comparto esta opinión, porque al tratarse el fiduciario de una figura con tan amplias facultades, incluso con las propias de un contador partidor especial, como ya he sostenido en otro capítulo, se basta por sí solo para realizar la distribución a la que los adjudicatarios comparecerán a los efectos de aceptar y darse por pagados en sus derechos, con la excepción lógica de la necesidad de intervención de los legitimarios o de los defensores judiciales de los menores o de los incapaces, en el caso de liquidación de la sociedad de gananciales, para lo que como solución práctica ofrecemos el nombramiento de un contador partidor en el testamento a efectos de salvar la posible colisión de intereses. Desde luego que es criticable la falta de protección que este artículo 831 CC ofrece a los legitimarios, a quienes es dudoso que les quede la

¹⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1128).

¹⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo....” (Op. Cit. en nota anterior, pag 1128)

anotación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, pero ya hemos razonado, que con la reforma de 2003, estamos ante una auténtica excepción a la intangibilidad de la legítima y además en este caso concreto, la legítima adquiere la naturaleza de *pars valoris*.

Así pues, en cuanto a las formas, el fiduciario podrá hacerlo como quiera (documentalmente, desde luego). Hay muchas razones para exigir, al menos, el documento privado, y en cuanto sean cosas de algún valor en documento público. El fiduciario tiene poderes muy amplios, y aun así, es conveniente la forma escrita, que puede preconstituir la prueba de cómo se han ido haciendo las adjudicaciones; también sirve para que quede claro que ha cumplido correctamente con la fiducia, y que ha mantenido el respeto a las legítimas que impone la ley, pero el mejorado podrá instarle – si no lo ha hecho- a que otorgue escritura pública al respecto, porque tiene el mismo derecho concedido por el artículo 1279 CC a llenar las formas exigidas por la Ley, en su caso. Si hubiera recibido los bienes por testamento, este, y –en su caso- el cuaderno particional- son título suficiente frente a cualquiera, pero si se hace *inter vivos*, carecen de ese título si no hay una constancia documental que en cuanto afecta a bienes o derechos inmuebles en los términos del 1280; si de entrega de bienes inmuebles se trata, será en escritura pública conforme establece como forma probatoria exigida el artículo 1280 CC; y si son bienes registrables, si desea el interesado beneficiarse de la protección frente a terceros que le brinda el Registro, debe tener la forma precisa para poder acceder a ese Registro. Pero aun cuando se utilizase la forma de la donación (lo que en la práctica se menciona en numerosas ocasiones diciendo por ejemplo que “se dona en ejercicio de la facultad fiduciaria o de distribuir que me ha concedido....”, en puridad no son donaciones porque no está regalando nada, ya que el acto de liberalidad lo hizo el causante; el fiduciario sólo determina dentro de un grupo de sujetos predeterminado quien recibe y en que proporción. Otra cosa sería entender que la fiducia supone otorgar la facultad de donar al fiduciario, al igual que *inter vivos* se puede apoderar a alguien con facultades tan amplias que incluso incluyan donaciones (lo que no cabría porque el mandante falleció y se extinguió el mandato); pero siempre el que dona es el titular de los bienes y el fiduciario no lo es en ningún momento; y desde luego, la opinión mayoritaria de la doctrina es que en el CC no caben las donaciones mortis causa (v. art 620 CC).

Así pues, las atribuciones *inter vivos* que hace el fiduciario, aunque pueda pensarse que son donaciones, no lo son realmente. Lo que se hace es repartir una herencia aunque con amplísimas facultades de mejorar. Así pues, se realiza la ejecución de un acto

mortis causa; se realiza durante la vida del fiduciario pero es que no se trata de sus bienes (entonces si sería una donación), sino de unos bienes que se adquieren por la comunidad hereditaria *mortis causa*, aunque luego la partición no se haya hecho en el testamento. En conclusión se trata de una adquisición *mortis-causa*, aunque la adjudicación de los concretos bienes se produzca fuera del testamento. Si se tratara de una donación, el fiduciario podría revocarla *a posteriori* por las causas legales, por ejemplo la ingratitud. En definitiva, el fiduciario no deja de ser un especial contador partidor de lujo con funciones superiores, pero no ocupa el lugar del causante sino el suyo propio, aunque con unas facultades muy amplias y especiales, pero siempre dentro de los límites marcados por el propio causante.

En Derecho Foral Aragonés, el artículo 111 de la Compilación exigía la escritura pública para la ejecución, cuando no pudiese llevarse a cabo en testamento. Lo mismo se exige en el artículo 141 de la actual Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón. Esta escritura pública se otorga normalmente entre el fiduciario y el favorecido o favorecidos por la ejecución, que aceptan las atribuciones que se les hacen. Pero nada impide que se otorgue sólo por el fiduciario y que posteriormente se acepte por los beneficiarios. No obstante, LATORRE MARTÍNEZ¹⁸ entiende que el fiduciario puede exigir la aceptación o repudiación a un plazo fijo, para lograr la efectividad de su encargo, pues en caso contrario no transmite derechos a sus herederos. Si repudia el beneficiado, puede el fiduciario buscar otra persona para cumplir su misión; si fallece sin aceptar, al no haberse cumplido un requisito necesario, no se entiende cumplido el encargo y se abrirá la sucesión intestada. Luego en Aragón, se exigen con rigor el cumplimiento de las formas.

Cuestionan algunos autores foralistas (GARRIDO MELERO¹⁹), en sede de sus regulaciones de la fiducia, que si se realiza en el propio testamento del fiduciario (*mortis causa*), cual sea la forma del testamento es cuestión importante, porque la variedad de formas forales, diverge del sistema del Código Civil; en este último, aunque exista la forma ológrafa, el espíritu de la norma aconsejaría siempre el testamento notarial (en Escritura Pública), ya que no olvidemos que el artículo 831 CC en su

¹⁸LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. “De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. (Op. Cit. Pág. 290).

¹⁹GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente more uxorio y familia en el Código Civil de Familia y en la Ley Catalana de uniones estables de pareja”. La Notaría, Julio-Agosto 1998. (Pág. 35 y s.s.).

génesis y hasta hace poco, contemplaba las capitulaciones matrimoniales como alternativa, y éstas revestían esa forma. Así pues, si el ejercicio se realiza por disposición *mortis causa*, creemos necesario que lo sea en testamento notarial.

2.2- REVOCACION

Si el ejercicio de la fiducia lo fue mediante la forma documental de un acto *mortis causa*, al tratarse de una disposición de última voluntad, será esencialmente revocable y además de forma unilateral por el fiduciario, ya que su acto de ejecución de la fiducia no surte efectos hasta la apertura de ese testamento, tras su muerte. Por lo tanto, no hay duda respecto a la revocabilidad unilateral.

Si se hace por acto *inter vivos*, la cuestión es si debe tratarse forzosamente de un documento bilateral ó cabe una simple actuación unilateral por parte del fiduciario; en este último caso, como sólo comparece el fiduciario, y a pesar de ser *inter vivos*, se suscitaría la duda de la posible revocación unilateral (en caso de ser *mortis causa*, desde luego cabría deshacerlo con la revocación de ese testamento), por eso me resisto a pensar que pueda tener eficacia si no es con la notificación fehaciente al adjudicatario, que de alguna forma vincule al que ejercita la fiducia. De otra forma, si el fiduciario cambiase de opinión antes de que llegue a conocimiento del mejorado, no produciría efectos la distribución. En caso de tratarse de un documento bilateral en el que aceptan los elegidos, la revocación sólo cabrá hecha conjuntamente por todos los que intervinieron.

En consecuencia, si la fiducia se ejecuta a través de actos *inter vivos*, éstos surten efecto inmediato y por tanto son irrevocables, como sostuve tras la reforma de 2003 del artículo 831, aunque a mi juicio se plantean dudas para el caso de llevarse a cabo en documento unilateral por los motivos expuestos (RUEDA ESTEBAN²⁰). No obstante, acepto que puedan ser resueltas por acuerdo entre el supérstite y el mejorado o beneficiado. En el caso de que la ejecución se lleve a cabo en una escritura pública con efectos *postmortem*, los efectos no se producirán de forma inmediata y por tanto cabe su revocación de la misma forma que si se hubiera hecho en testamento, puesto que como sabemos adolecen de los problemas de las prohibidas (en el Código Civil) donaciones

²⁰RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de la Academia Granadina del Notariado 2005) Nº 279 (Pág. 995). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional...” (Op. Cit. página 191 y 192).

mortis causa por lo que se regularán por las reglas de las disposiciones de última voluntad (artículo 620 CC).

Si para interpretar este aspecto de la revocación, nos fijamos en los derechos forales, parece que también llegaríamos a la conclusión de que ejecutada la fiducia por actos *inter vivos* éstos son de efecto inmediato y por tanto son irrevocables. Y sin embargo, si la mejora o distribución fue hecha en un testamento u otra disposición de última voluntad, es plenamente revocable. En el Derecho de Cataluña la ejecución sólo puede llevarse a cabo a través de testamento, heredamiento o escritura pública y en los dos últimos casos será irrevocable, ya que así lo establece el artículo 148, 2º de la Ley de Sucesiones catalana. En Aragón, el artículo 143.1, establece también la irrevocabilidad de los actos *inter vivos* en ejecución de la fiducia, que según el artículo 141 debe llevarse a cabo en escritura pública. La ley 286 del Fuero de Navarra también establece que los fiduciarios deben hacer la designación en testamento o en escritura pública y que en este último caso serán irrevocables, salvo que no haya habido aceptación. Como vemos, en el Derecho navarro se pone de manifiesto la necesidad de aceptación, lo que confirma la teoría de su necesidad (RUEDA ESTEBAN²¹) cuando la fiducia se ejecuta en escritura pública, ya que si es llevada a cabo de forma unilateral y no es conocida por el designado no se alcanza a entender el porqué de su irrevocabilidad, ya que en la donación, el donante puede cambiar de opinión desde que la hace hasta que conoce la aceptación del donatario. Todos estos datos sobre la forma en derechos forales en los que la fiducia es algo muy tradicional y usado tienen una gran importancia a la hora de interpretar el art 831 CC. Está claro que el fiduciario tiene una gran libertad de maniobra, pero le vinculan las actuaciones realizadas anteriormente, salvo que el camino elegido le permita otra cosa (por ejemplo, en caso del testamento), pero si el que se elige es *inter vivos*, parece claro que lo correcto es, como en estos derechos forales, darle una forma solemne, lo que conlleva una mayor reflexión para el fiduciario, y que con la aceptación del favorecido devenga inamovible.

En el Derecho civil foral del País Vasco, tanto si se lleva cabo por actos *inter vivos* como *mortis causa* las disposiciones otorgadas por el comisario serán irrevocables, ya que lo dispone el artículo 47 de la Ley para todas las disposiciones otorgadas por el comisario en uso de su poder testatorio. La única excepción es cuando el nombrado comisario sea el cónyuge y disponga en su propio testamento a favor de los

²¹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (en nota anterior, pag 187)

hijos y descendientes comunes, en cuyo caso podrá dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada. ASÚA GONZÁLEZ²² señala que este derecho es diferente al resto de los derechos forales e incluso al artículo 831 CC. (SIERRA PEREZ²³)

3.- LA EXPRESION DE LA CAUSA EN EL DOCUMENTO DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA.

Es importante hacer constar que todos los comentarios sobre fiducia sucesoria, hechos por autores foralistas, hablan habitualmente de “designación de heredero ó herederos” y “delegación de institución hereditaria”, por lo que es preciso comparar y utilizar sus razonamientos sobre la forma de ejercitar la fiducia con precaución (por ejemplo en contratos de atribución a título gratuito, en los que debe quedar claro que la causa de atribución es la sucesión del causante y no la liberalidad del fiduciario). El 831 CC sólo permite “mejorar ó distribuir ó ambas cosas” y siempre en un marco de herederos ya designados, lo que hace que la escritura de ejecución de esa delegación, ya sea unilateral ó bilateral, tenga su propia naturaleza independiente de la de la donación u otros actos semejantes. En cualquier caso, la causa de la atribución será gratuita, y el carácter unilateral ó bilateral de la actuación sólo predeterminará la misma naturaleza de la revocación, a la que ahora nos referiremos.

A juicio de ROMERO-GIRON DELEITO²⁴, la expresión de la causa en el documento o en el vehículo de la adjudicación es esencial. Por ejemplo, en el caso de que el cónyuge fiduciario efectúe alguna adjudicación en vida, es conveniente otorgarla con la expresión de si lo hace o no en concepto de mejora. Esta declaración debe poder hacerse en el momento de la entrega o en cualquier otro momento posterior, lo cual es congruente con la finalidad del precepto de procurar una distribución de los bienes en función de las circunstancias, presentes o futuras, que justifiquen un reparto desigual. El sistema debe cerrarse con una cláusula subsidiaria que establezca que los bienes no adjudicados por el cónyuge fiduciario al tiempo de su fallecimiento, *inter-vivos* o *mortis-causa*, se repartirán a partes iguales. A mi juicio, la causa es importante, pero no

²²ASÚA GONZALEZ, C.I. “Designación de sucesor a través de tercero”. Madrid 1992. (Pág. 49).

²³SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 114).

²⁴ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica”. Septiembre 2005. En “Notarios y Registradores”. 2005. En Revista Jurídica del Notariado número 57 de Enero-Marzo 2006. (Pág. 226).

es precisa esa expresión determinante de la misma, porque caben las mejoras tácitas hechas por el fiduciario en ejercicio de su encargo, y no precisa decir expresamente que está mejorando. Basta que en el título que trae causa del que utiliza para la mejora, sea cual fuere el vehículo documental empleado, conste su condición de fiduciario y la procedencia de los bienes que se asignan y su disposición en ejercicio de la fiducia, sin necesidad de mencionar que mejora, porque puede ocurrir que sea un anticipo de legítima, o que se vaya a compensar a otros hijos o descendientes con posterioridad en otros documentos separados. La circunstancia de si se mejoró o no, se aprecia a la finalización de la ejecución de la fiducia, sea por todos los actos *inter vivos* realizados, o por la última disposición del fiduciario en el caso de que hubiere sido facultado para hacerla.

En este sentido, es importante que se haga constar en el documento que se emplee como medio para la ejecución de la fiducia, el título de atribución y determinación de cuotas, que no dejaría lugar a dudas respecto de que lo que se realiza es un acto de mejora, distribución o adjudicación de los bienes sometidos a la fiducia sucesoria.

A juicio de SIERRA PEREZ²⁵, el título de atribución y las correspondientes cuotas de participación en la herencia serán, determinadas antes de la partición. Y es más, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, lo que no compartimos porque ya hemos sostenido que no están entre las facultades del fiduciario la de instituir herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a la partición.

4.- ADMINISTRACION DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN EL CAUDAL RELICTO

La cuestión antes de la reforma de 2003 era controvertida: sólo cuando el cónyuge tenía el usufructo universal en virtud del núm. 3 del artículo 820 podía ser considerado administrador de esa herencia yacente; porque en otro caso carecía de titularidad, e incluso en el caso de ser usufructuario su titularidad era controvertida; efectivamente la titularidad era de los hijos comunes, aunque su porción abstracta esté pendiente del ejercicio de la «potestad doméstica conferida»²⁶. En palabras de ALPAÑÉS²⁷, todos son posibles beneficiarios, aunque hipotéticos y en participaciones indeterminadas: su

²⁵SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. pag. 119).

²⁶RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (en nota anterior, pag 194 y 195)

²⁷ALPAÑÉS, “La delegación de la facultad de mejorar” R, G, L, J, 1953. 1º (página 328).

incertidumbre afecta no sólo al hecho de ser designado, sino también al *quantum* de la disposición. Para SECO CARO²⁸, «Mientras dura la comunidad hereditaria, los herederos son titulares de una cuota indefinida e indeterminada». Para VALLET²⁹, «es más exacto decir que no tienen cuota definida ni determinación». En definitiva, alguno sería el definitivo beneficiado y por lo tanto todos son potenciales titulares. GARRIDO DE PALMA³⁰, LACRUZ BERDEJO³¹, estimaron la teoría de la especial situación de yacencia hereditaria, en la «que se sabe quiénes son los sucesores pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán».

Por eso, la administración de ese caudal hereditario dividía a la doctrina en dos grupos:

SECO CARO³², DÍAZ FUENTES³³ y otros que estimaban que correspondía a los coherederos, discutiéndose entonces qué mayorías serían necesarias para cada acto en concreto (unanimidad, puesto que no se conocían las cuotas para conformar las mayorías del art. 398 CC; o mayorías de acuerdo con las porciones que les correspondían por su participación en la herencia *abintestato*). En contra, GARRIDO DE PALMA³⁴, que partía de que el cónyuge ostentaba una facultad fiduciaria «no para su beneficio y en propio interés, sino en el de la familia...». (Por analogía a las Leyes 281 y ss. de la Compilación Navarra y art. 115 de la catalana). Por lo tanto, le correspondería la administración ordinaria de los bienes de la herencia, siempre en provecho de la comunidad hereditaria. Añadía este autor que es la materia más delicada: «es claro que estamos ante una fase clave y decisiva de la institución, la situación de pendencia... anhelo y duda de quienes pueden ser elegidos». Así pues, el supérstite tiene una auténtica facultad fiduciaria que le concede la administración ordinaria de los bienes; otra cuestión distinta es la de sus frutos, como veremos.

El argumento, si le había sido concedido el usufructo universal del art. 820.3.º CC, tenía su soporte jurídico; pero en caso contrario era difícil justificar esa posición; sólo el encargo de realizar la administración o la orden de indivisión (art. 1051.2.º CC)

²⁸SECO CARO, “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo” Barcelona, 1960. (Página 200 y 201).

²⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario...” (Op. Cit. En nota anterior, pag. 427).

³⁰GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial...” (Op. Cit. En nota anterior, pag. 387).

³¹LACRUZ BERDEJO, J. L. “Sucesiones II” (Op. Cit. pag. 70).

³²SECO CARO, “Partición...” (Op. Cit. nota anterior, pag. 200 y s.s.).

³³DÍAZ FUENTES, “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II- Sobre el artículo 831 CC”. A.D.C. 1965. (pag. 892).

³⁴GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas en el sistema de legítimas”. (Op. Cit. en nota anterior, pag. 387)

o incluso en su caso el ejercicio de la patria potestad podrían sostener aquélla; otros buscaban el fundamento en una autorización tácita de los hijos comunes.

Hoy el nuevo texto no ha dejado lugar a dudas): «2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior».

En definitiva, durante el plazo de duración para el ejercicio del derecho (bien sea el señalado por el cónyuge o el supletorio legal de dos años desde la apertura de la sucesión... como veremos) se produce una pendencia hereditaria en la que se sabe quiénes van a ser sucesores pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán³⁵. A diferencia de la legislación anterior, que no contemplaba nada y por lo tanto dejaba la administración a los herederos, el nuevo artículo 831 CC concede la misma, como veremos, al cónyuge viudo, ahorrándonos todos los problemas planteados respecto a las mayorías de cuotas necesarias para la toma de las decisiones.

En cuanto a la concesión de la administración al fiduciario conforme al texto del artículo 831 no está exenta de problemas: parece concedérsele la administración de forma clara, con independencia de la institución de herencia, si bien a la redacción del precepto en este punto se le pueden hacer dos críticas: *a)* Dice el número 2 «a que se refiere el párrafo anterior», no sabiéndose si se refiere sólo al último párrafo del número 1 del artículo 831 (bienes específicos o determinados sobre los que se hubiera realizado una disposición a favor de hijo o descendiente), en cuyo caso sigue subsistente la polémica sobre la administración del resto de la herencia yacente); o bien se refiere a todos los bienes y facultades amparados en el número 1 del art. 831; el sentido común nos dice que debería ser esta última la solución adoptada, porque de otra forma la utilidad del apartado sería exigua. *b)* No deja el número 2 espacio para la voluntad del testador, con lo que, si se hace una interpretación literal, no cabe que el causante en su testamento organice una forma de administración a medida de los bienes que son objeto de la fiducia. Sin embargo, la interpretación sistemática e integrada del precepto nos induciría a pensar que la aplicación del número 2 del art. 831 será supletoria y a falta de otra disposición específica del testador. Sobre todo, habida cuenta del espíritu de la norma y *ratio*

³⁵ RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia...” (En nota anterior, pag. 195).

legis de la misma, esto es, la protección del patrimonio del discapacitado³⁶.

Así pues, en principio, de forma ordinaria, la administración de los bienes hereditarios correspondería a los herederos; y los actos de administración se ejecutan por mayoría. Pero como los herederos no saben exactamente en qué porción van a ser herederos, dada la facultad de mejorar y diferenciar que tiene el fiduciario, se planteaba la doctrina antes de la reforma que sólo cabían dos soluciones: o que actuasen por unanimidad; o que solicitasen del juez el nombramiento de un administrador judicial, en los términos del artículo 398 del Código Civil. El problema lo ha resuelto el legislador de 2003: la facultad de administración corresponde al cónyuge fiduciario por determinación legal (artículo 831-2, según el cual: << *Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a las que se refiere el párrafo anterior* >>). Entiende SEDA HERMOSIN³⁷, sin embargo, que el precepto no es imperativo, en el sentido de que el testador puede prever otro sistema distinto de administración de los bienes (por ejemplo, imponiendo la unanimidad de los herederos, o por mayoría de dos tercios del número de herederos, cualquiera que sea la cuantía en que resulten finalmente nombrados).

A juicio de ROMERO-GIRON DELEITO³⁸, conviene integrarla con el usufructo universal, que será la pretensión ordinaria del testador, como en todos los testamentos habituales. Pero a mi juicio, ocurre que esa pretensión que se hizo habitual en la práctica notarial, con la redacción del 831 CC no se hace necesaria, aunque si recomendable, porque es conveniente que no existan conflictos entre el fiduciario y los hijos comunes respecto a la percepción de los rendimientos y frutos de la herencia administrada durante la vigencia de la fiducia y hasta la definitiva ejecución de la misma. Estos problemas, no deben surgir con los descendientes no comunes, a quienes deberán ser entregados sus derechos legitimarios cuanto antes, salvo disposición expresa del testador, a través por ejemplo, de una cautela Socini. Además pueden añadirse, si lo desea el testador, la libre disposición de bienes en beneficio del propio cónyuge, con cargo al tercio de libre disposición, pero sin agotarlo, para no perjudicar la legítima estricta, dado el usufructo universal en el caso de ser concedido. Es decir, tendrá como límite el valor del usufructo del tercio de legítima estricta. Si se quieren evitar las

³⁶ RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia...” (En nota anterior, pag. 196).

³⁷ SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES. (Pág. 278 y 279).

³⁸ ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica”. (Op. Cit. pág. 222).

cuestiones de cálculo, cabe atribuir el usufructo de dos tercios, en cuyo caso el derecho de disposición podría agotar todo el tercio libre.

Es de destacar que con esta fórmula, aprovechando las ventajas del artículo 831 CC, el cónyuge viudo disfruta simultáneamente del usufructo universal y del derecho de disposición sobre el tercio libre, sin necesidad de ejercitar la típica opción de los testamentos habituales. (ROMERO-GIRON DELEITO³⁹). Pero naturalmente, no cabe esta solución en el caso de las parejas de hecho y por lo tanto en los casos de la fiducia conforme el apartado 6 del 831 CC.

Así pues, conforme el apartado 2º del artículo, corresponderá al fiduciario la administración de los bienes sobre los que penden las facultades de mejora, atribución y adjudicación. Por lo tanto, se hace necesario conocer en primer lugar, cuáles son los bienes sobre los que recae tal facultad, lo cual no será fácil de resolver, salvo que el testador haya concedido al cónyuge facultades sobre todos los bienes de la herencia o haya separado bienes concretos para adjudicárselos a alguno de los coherederos, en pago total o parcial de su cuota, concediendo al cónyuge sobreviviente las facultades antedichas sobre todos los demás bienes o le haya conferido la facultad exclusivamente sobre determinados bienes y derechos.

Esto hace que cobre especial importancia la formulación del inventario y valoración de los bienes. En una partición ordinaria, todos los herederos se adjudican los bienes simultáneamente, con arreglo al mismo criterio temporal de valoración. Pero en la partición diferida y sucesiva del art. 831 CC, cuando el fiduciario opta por hacerlo así, lo que será habitual, cabe que transcurra mucho tiempo entre las diferentes adjudicaciones hechas en vida por el cónyuge fiduciario y entre estas y las que procedan a su fallecimiento respecto del resto del caudal, por lo que a mi juicio, se plantea un delicado y grave problema de valoración, siendo aconsejable, para evitar diferencias no queridas, que se formalice el inventario al tiempo de fallecimiento del testador, con una valoración adecuada y uniforme que se vaya actualizando periódicamente con arreglo a un criterio justo. Aunque sin duda lo más cómodo es el I.P.C., caben desde luego, numerosas posibilidades de actualización, pero la que debe primar ha de ser aquella que el testador haya impuesto. Este inventario servirá, además, como libro de ordenación de las adjudicaciones (ROMERO-GIRON DELEITO⁴⁰) y disposiciones efectuadas por el cónyuge fiduciario, en funciones de control y garantía de todos los interesados,

³⁹ ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831...” (en nota anterior, pag 225).

⁴⁰ ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831...” (en nota anterior, pag 226).

pudiéndose comprobar en todo momento el estado de la partición y los bienes resultantes.

5.- LA ESPECIAL SITUACIÓN JURIDICA DE PENDENCIA DE LA HERENCIA.

En este orden de cosas, es evidente que la herencia no es yacente, pero se encuentra en una situación de pendencia hasta el momento que se termine la ejecución de la fiducia. Las redacciones anteriores no regulaban en nada esta situación de pendencia, por lo que la doctrina se encontraba dividida respecto a si la fiducia otorgaba al cónyuge sobreviviente estas facultades o no. Al final de esta situación jurídica de pendencia, la parte de la herencia de la que no dispuso el testador irá a parar a los hijos o descendientes comunes. Y lo será a todos sus posibles beneficiarios, aunque sean con participaciones indeterminadas; su incertidumbre afecta tanto al hecho de ser nombrado heredero o legatario como al *quantum* de la designación. Es una situación de «expectativa jurídica» y que debe calificarse como situación jurídica interina, y dentro de ella «de pendencia», es decir, una situación de protección interina, a favor de sujetos transitoriamente indeterminados de un derecho subjetivo. La herencia pertenece, hasta la elección, a los hijos o descendientes comunes.

Pese a la certeza de los destinatarios del caudal, que serán los hijos o descendientes comunes, sus títulos sucesorios pueden no haber sido erigidos todavía, penden de la determinación de la cuantía de sus respectivas atribuciones y las diversas figuras jurídicas de adquisición, bien sea a título de herencia, legado o mejora. (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁴¹). Hay una delación pluripersonal y simultánea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento indeterminado y genérico por el momento no permite la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse de una especie de herencia yacente pero sin serlo.

En estas condiciones, es obvio que para la administración no puede regir la regla del artículo 348 CC pues no es posible conocer qué partícipes representan «la mayoría de intereses». Por lo tanto es acertada la concesión de la administración al fiduciario.

Es evidente que ante el silencio de la ley podría darse al problema dos soluciones

⁴¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit Pág. 1140).

distintas (SIERRA PEREZ⁴²). Por un lado entender que la fiducia suponía, en sí misma, la concesión al fiduciario del poder de administración de los bienes. Por otro lado, también se podría pensar que, puesto que la titularidad de los bienes pendientes de distribución no corresponde al fiduciario, tampoco le correspondía un derecho de administración sobre ellos. En este caso, como es lógico, habría que entender que la administración correspondía a la comunidad hereditaria, titular de los bienes. Actualmente, desde 2003, como hemos expuesto, no hay duda de que la administración esta concedida por el 831 CC al fiduciario y en cualquier caso, si el causante legó el usufructo universal al cónyuge, la administración le corresponderá a él.

Si a esto añadimos que las facultades de administración y usufructo se refuerzan mutuamente en interés de la familia, si se combina la facultad del art. 831 CC con el usufructo universal de viudedad del art. 820 CC, podemos conseguir un efecto completo; en otras palabras, es conveniente que el usufructo viudal se agregue y yuxtaponga a la delegación a favor del supérstite.

Además, en el caso que nos ocupa, lo más conveniente para la administración de la empresa familiar es aquello que el testador (que era el empresario) considere más apropiado, que puede no coincidir con que sea el cónyuge supérstite encargado de la facultad de mejorar o distribuir⁴³.

Nos queda saber que ocurre en el caso de que no se haya concedido al fiduciario el usufructo universal o que le haya negado la administración. Los autores⁴⁴ que se

⁴²SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 89 a 121, en especial 119 y s.s.).

⁴³RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia...” (op. Cit. nota anterior, pag. 196).

⁴⁴VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., en “Comentarios al Código Civil...” (en nota anterior, página 426), y HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, en “La herencia yacente” Editorial JM Boch Editor, Barcelona 1995, página 82. Para esta autora, “la situación de yacencia es como en toda sucesión mortis causa, pero como el cónyuge no designa la persona del heredero, la aceptación de la herencia debe tener lugar antes de la distribución de los bienes y del ejercicio de la facultad de mejorar. En el caso del artículo 831 no hay indeterminación de la persona del heredero o herederos llamados, sino en la cuota que a cada uno deben corresponderle en la herencia; por lo tanto, es un estado similar al de la comunidad hereditaria que se produce antes de la partición.

La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado establece que en los casos de sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, los actos de disposición sobre bienes concretos hechos unilateralmente por el cónyuge, no son inscribibles. No es inscribible la cesión de derechos que sobre un bien concreto de la disuelta pero no liquidada sociedad de gananciales realiza unilateralmente uno solo de los cónyuges, pues sin perjuicio de que la legislación registral permita la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación así como los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo, recuerda el Centro Directivo que disuelta pero aun no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueden disponer separadamente, sino que por el contrario, la partición de aquellos se predica

decantan por considerar que la administración corresponde a la comunidad hereditaria, lo hacen basándose en que en ningún momento el distribuidor aparece como titular de la herencia causada por su consorte; carece de derecho patrimonial alguno sobre ella. La administración será por tanto igual que la de cualquier herencia yacente. Pero al aplicar las normas de la comunidad de bienes, se encuentran problemas para la toma de decisiones en las que rige el artículo 398 CC, ya que su párrafo segundo establece que *«no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los participantes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad»*, y, precisamente en este supuesto se desconocen las cuotas de participación de los coherederos. Eso les hace llegar a la conclusión de que para cualquier acto de administración hace falta el acuerdo unánime de los coherederos, a falta del cual habrá que acudir al recurso judicial previsto en el párrafo segundo del precepto, con su complejidad de diligencias e impugnaciones, y lo costoso y oneroso que resulta todo esto (SIERRA PEREZ⁴⁵). GARRIDO DE PALMA⁴⁶, por el contrario, entiende que la administración normal ordinaria y los actos puramente conservativos deben corresponder al cónyuge superviviente, no para su beneficio y en su propio interés, sino en el de la familia. Hoy, como entendí tras la reforma de 2003, (RUEDA ESTEBAN⁴⁷), el texto no ha dejado lugar a dudas y confirma absolutamente la teoría que sostenía GARRIDO DE PALMA⁴⁸ con la redacción anterior a 2003.

No obstante, ya resalté en los comentarios a esta reforma, la defectuosa redacción del precepto, en primer lugar porque en el número dos, donde se establece que corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes, se hace referencia al párrafo anterior, en el que se habla de unos bienes concretos y no de todos los que están pendientes de distribución; pero también porque no se hace referencia a la voluntad del testador en lo relativo a la administración, circunstancia que cabría interpretar como una imposibilidad de disponer a este respecto o, como es más acertado, que se trata de una norma supletoria aplicable únicamente para el caso

globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto al patrimonio separado colectivo, de manera que solo cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que en cada uno de ellos se le adjudiquen.

⁴⁵SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. 119 y s.s.).

⁴⁶GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 387)

⁴⁷RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de la Academia Granadina... (Op. Cit. Pág. 991). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial...” (Op. Cit.página 159 y 196).

⁴⁸GARRIDO DE PALMA, V.M. “Visión notarial...” (en nota anterior, página 387 y s.s.)

en el testador no haya dispuesto otra cosa. En el mismo sentido se manifiesta SIERRA PEREZ⁴⁹, que no obstante la incorrecta redacción del artículo, entiende que la administración a la que hace referencia incluye todos los bienes pendientes de distribución, y también, que la norma se aplicará únicamente de forma supletoria.

Los autores foralistas (GARRIDO MELERO⁵⁰) distinguen fiducias de ordenamientos en los que hay fideicomisos con facultades de elección de fideicomisarios, de aquellas otras en que éstos están predeterminados; en los primeros la administración correspondería al fiduciario y en el segundo a los herederos. No es éste el caso del art. 831 CC que ha resuelto la cuestión: los fideicomisarios no están determinados, pero tienen que pertenecer a un grupo concreto de personas (hijos y descendientes). El Código Civil ha resuelto (además de evitar las discusiones doctrinales históricas) eligiendo para la administración al cónyuge superviviente encargado de la facultad de mejorar (fiduciario).

En conclusión, no se trata más que de la relación existente entre las fiducias y las instituciones de protección de la casa y el régimen de comunidad conyugal. Por eso hay que darle a la administración de este tipo un carácter amplio y extraordinario (en las legislaciones forales, como veremos posteriormente, el fiduciario paga deudas y cargas de la herencia, entrega legítimas...); por ejemplo, la Ley de Sucesiones Vasca habla de «alimentos a cargo de bienes hereditarios...» (art. 41) y la Ley sucesoria aragonesa detalla que «... el administrador satisfará las obligaciones y cargas... y gestionará los negocios que formen parte del caudal... cobrar créditos vencidos... cancelar fianzas y derechos que garanticen... actos propios de todo administrador y facultades de gestión que el causante les haya podido atribuir».

En definitiva, el art. 831 nada regula de todo esto, pero si queremos hacer una interpretación extensiva, por ejemplo, para «manejo» de una empresa familiar, a falta de una regulación detallada por el mismo fideicomitente en su testamento, habríamos de acudir a estas normas forales, lo que detallaremos más adelante.

Como particularidad, cabe que nos podamos encontrar con una herencia administrada por varias personas. Por ejemplo, cuando lo estableció el causante, si existen

⁴⁹SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 89 a 121, en especial 119 y s.s.).

⁵⁰GARRIDO MELERO, M. “Los fideicomisos” En la obra “Instituciones de Derecho privado” la parte de Sucesiones Tomo V. Volumen 1º “La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma”. (páginas 839 y siguientes).

herederos nombrados por el testador, hasta que su cuota no se rellene con bienes o derechos concretos, son cotitulares del caudal relicto, del conjunto y de todos y cada uno de los bienes que lo componen y tienen la administración sobre esos bienes. Y aun así, a mi juicio, el fiduciario sobreviviente, con facultades de mejorar, atribuir y distribuir bienes, inevitablemente habrá de compartir la administración con esos herederos. En tal caso, a la hora de formar las mayorías a efectos de administración, el cónyuge viudo tendrá una participación correspondiente al valor de los bienes sobre los que pende su derecho y además, lo que corresponda al valor del ejercicio de sus facultades, tal como si se tratase de un derecho de uso.

6.- LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A LA FIDUCIA

La actual redacción del artículo 831 CC, como hemos estudiado, en su párrafo segundo, deja suficientemente clara la adjudicación de la administración de los bienes pendientes de distribución al fiduciario, pero nada establece en relación con el poder de disposición sobre ellos. Las redacciones antiguas nada mencionaron sobre la disposición. La vieja Resolución de 11 de marzo de 1929 complicó la posibilidad de disponer incluso de bienes concretos, pues según ésta «la expectativa correspondiente a los hijos, entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge supérstite le han de pertenecer».

En definitiva, era imprescindible la atribución del cónyuge supérstite por la que éste se «despegue» del bien sujeto a distribución o mejora. Todo esto se complicaba aún más si teníamos en cuenta las tendencias (hoy ya consolidadas y aceptadas), que sostenían que no sólo podían ser mejorados los hijos o descendientes ya nacidos, sino también los nietos o descendientes de ulterior grado que incluso podían ser *concepturus nondum concepti*; lo que eliminaba cualquier teoría que no pasase por la concurrencia y consentimiento del cónyuge supérstite.

Debemos remitirnos, por tanto, a las opiniones y tendencias doctrinales anteriores a la reforma de 2003, ya que a nuestro juicio, en la actualidad seguirán siendo igualmente válidas. Hubo dos grandes grupos en la doctrina

a).- La de los que entendían que no es posible ningún acto de disposición de bienes ni siquiera de cuota de la herencia. Eran los conservadores de la disposición por los herederos. Con los mismos argumentos que la doctrina atribuía a los posibles

herederos de forma conjunta la administración, les concedía (antes de 2003) el poder de disposición sobre los bienes. Así, ALPAÑES⁵¹ señaló que la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución correspondía al grupo formado por los hijos comunes, todos conjuntamente. La situación, a estos efectos, es la normal de una herencia indivisa en cuyo caso está perfectamente sancionado por la jurisprudencia que todos los herederos, juntamente, podrán disponer de cualquiera de los bienes que la integran. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO⁵² hablaba igualmente de hijos comunes, pero con distinto razonamiento porque los hijos comunes, pueden disponer antes del reparto de los bienes, en cuanto que no es posible que el cónyuge viudo mejore a descendientes posteriores, que pudieren tener participación futura en la comunidad hereditaria. SECO CARO⁵³ exigía la totalidad de herederos sin distinguir comunes de no comunes porque la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución corresponde a la totalidad de herederos conjuntamente y deberán tomarse las precauciones necesarias para garantizar la subsistencia del precio o contraprestación sobre el cual, por subrogación real, se condensan los derechos existentes sobre el bien enajenado. VALLET DE GOYTISOLO⁵⁴ acepta, en términos generales, estas afirmaciones doctrinales en el sentido de la imposibilidad de que los herederos puedan enajenar la cuota fija y menos aun los bienes concretos, pudiendo hacerlo todos ellos de consuno.

b).- Los que, a pesar de no admitir la disposición de la cuota fija en la herencia, sin embargo sí permitían la de bienes concretos en ésta, siempre y cuando se lleve a cabo conjuntamente por el grupo de hijos comunes (LACRUZ BERDEJO⁵⁵). Para éste, la existencia de una cláusula distributiva no afecta a los derechos que al conjunto de hijos indiferenciadamente corresponde en la herencia.

c).- Los partidarios de una auténtica fiducia sucesoria con todas sus consecuencias. Hay algunos autores que van más lejos con una doctrina progresista y aunque hacen

⁵¹ALPAÑES, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 194. Año 1953. (Pág. 325 y 327).

⁵²CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. “La mejora”. Barcelona 2003. (Pág. 82 y s.s.).

⁵³SECO CARO, E. “Partición y mejoras encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. (Pág. 117).

⁵⁴VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 426). Dice el maestro VALLET: <<Ninguno de los coherederos puede enajenar una cuota fija, menos aún unos bienes concretos, como participación propia en la sucesión del causante. En cambio, se ha dicho que la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución corresponde al grupo formado por los hijos comunes todos conjuntamente... deberán tomarse las precauciones necesarias para garantizar la subsistencia del precio o contraprestación sobre la cual, por subrogación real, se compensan los derechos existentes sobre el enajenado>>.

⁵⁵LACRUZ BERDEJO, J. L. “Sucesiones II” (Op. Cit. nota anterior, pag 70).

referencia a los herederos, también aprecian en el fiduciario cierta capacidad de enajenación. En este sentido dice SAPENA TOMAS⁵⁶: «El fiduciario, con los legitimarios del difunto o quienes les hayan sucedido en su derecho, más los otros posibles llamados por el causante, podrán disponer de los bienes de la herencia, ya que en conjunto representan todos los derechos a la misma. Pero el especial carácter de la fiducia conyugal nos lleva a considerar la posibilidad, y conveniencia, de que el fiduciario disponga de los bienes a título oneroso». GARRIDO DE PALMA⁵⁷ se decantó claramente por esta posibilidad cuando dijo que lógicamente al cónyuge fiduciario debe concedérsele facultades dispositivas sobre los bienes de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades del cónyuge o de los hijos. Ahora bien, los capítulos (en sede de la redacción en que la delegación se concedía en capitulaciones matrimoniales) deben prever el supuesto atendiendo las circunstancias concretas, fundamentalmente, al caso de los hijos de corta edad. Y es que en definitiva tales enajenaciones lo son desde el punto de vista estrictamente jurídico; porque económica y socialmente cuando se dispone de un bien con ese fin se está administrando, se está administrando bien y fielmente.

Y esto es en definitiva el criterio que adoptó la redacción dada al art. 831 por la Ley de 2003: «*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados además de conferir la propiedad al hijo o...*». Parece que *a sensu contrario* no quepa otra forma de conferir la propiedad al hijo que no sea la disposición del cónyuge supérstite, con lo que ninguna disposición de los hijos por sí solos, aunque concurren todos los posibles mejorados, podrá transmitir nada si no es con la aprobación del viudo o viuda. Y más aún, con GARRIDO DE PALMA⁵⁸, «lógicamente al cónyuge fiduciario deben concedérsele facultades dispositivas sobre bienes de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos» y «atendiendo a circunstancias concretas, fundamentalmente, repetimos de los hijos de corta edad»; así pues, para este

⁵⁶SAPENA TOMÁS, J. “La fiducia conyugal”. (Art. 831 del Código Civil)”. En la obra homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen VIII. Publicaciones de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. (Pág. 907 a 985, especialmente 940).

⁵⁷GARRIDO DE PALMA, V. M. Lo sostiene en varias de sus publicaciones. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 367).

⁵⁸GARRIDO DE PALMA, V. M. “Visión notarial...” (Nota anterior, páginas 386 y 387).

autor, opinión que yo comparto, la justificación de la disposición del supérstite estaría en el mantenimiento del patrimonio, bien sea para evitar la pérdida o deterioro, o bien para su crecimiento, y especialmente en atención al interés familiar. Se trataría casi de una administración dinámica, es decir, que se permite la disposición de bienes para los fines antes expuestos (conservación, cargas, mantenimiento de valor, necesidades de los hijos, educación, desarrollo y evolución de la empresa familiar); lo que ha sido llamado por otros la administración de bienes para su conservación útil

Entre unas y otras teorías existen con la última redacción del 831 CC, desde la reforma de 2003, tendencias intermedias⁵⁹ que buscan un equilibrio en el que el fiduciario tenga un amplio margen de maniobra, para desarrollar todo aquello que exija la ejecución del encargo, y al mismo tiempo un control por los herederos, que pueda garantizar su postura. Puede suceder que mientras dure la situación de herencia yacente por estar pendiente el uso de la facultad fiduciaria, pueda ser necesario o conveniente, que se realice la enajenación de bienes hereditarios. En tal caso, SEDA HERMOSIN⁶⁰ entiende:

1.- Que pueden ser enajenados bienes concretos de la herencia, con el consentimiento de todos los interesados. A juicio de este autor serían tanto los herederos, sean o no legitimarios, como los legitimarios, sean o no herederos. Pero en este caso, es discutible si resulta preciso el consentimiento del cónyuge fiduciario. Para algunos autores⁶¹, no es preciso su concurso. Con SEDA HERMOSIN⁶², entenderemos que sí, pues con la enajenación, el fiduciario se verá privado de un bien sobre el que ejercitar su facultad. Además, si es legitimario (cónyuge viudo), la razón es doble, porque ve disminuidas garantías de sus derechos legitimarios.

2.- Que ninguno de los herederos puede enajenar bienes concretos ni cuotas concretas, pues no se sabe exactamente qué bienes o qué cuota le va a corresponder en el ejercicio de la facultad fiduciaria.

⁵⁹CAMARA ALVAREZ, M. "Compendio de Derecho sucesorio". 3ª edición actualizada por ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la, Edición de marzo de 2011. LA LEY. Wolters Kluwer España 2011. ISBN 978-84-8126-879-9. Si bien para este autor, lo serían para actos de enajenación de frutos, actos precisos para la conservación de la empresa o negocio, y los necesarios para mantenimiento de patrimonio. (pag. 254).

⁶⁰SEDA HERMOSIN, M. A. "Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código..." (Op. Cit. Pág. 279).

⁶¹SAPENA TOMÁS, J. "La fiducia conyugal". (Art. 831 del Código Civil)". (Op. Cit. Pág. 940 y 941). GARRIDO DE PALMA, V. M. "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil" y "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: aplicaciones prácticas ante el Sistema de legítimas". (Op. Cit. Pág. 121 a 136) Publicado también en Libro Homenaje a... (Op. Cit. Pág. 2021 a 2029).

⁶²SEDA HERMOSIN, M.A. "La facultad....." (Op. Cit. en nota anterior, pag 278 y 279)

3.- Que puede enajenarse el derecho hereditario, antes de la partición, si bien ese derecho hereditario será impreciso e incierto en el *quantum* hasta que el fiduciario haya hecho uso y ejercicio de la facultad que le fue conferida.

Pero la tendencia que resume este autor⁶³, nos sirve de muy poco, porque de lo que se trata es de saber, si la redacción de 2003 ha avanzado algo en lo que se refiere a las posibilidades del fiduciario para los actos de disposición. Y en esto, no se manifiesta.

En cualquier caso, debe criticarse en este punto la ley, por haber desaprovechado la ocasión de recoger el régimen de disposición de los bienes de la herencia yacente afectada por esta facultad fiduciaria. Así, podría regular, por ejemplo, la disposición de bienes en caso de necesidad, o de utilidad evidente, o los efectos de la subrogación real de los bienes o derechos adquiridos a cambio de los enajenados.

En conclusión, el cónyuge fiduciario está facultado para disponer de los bienes componentes del caudal relicto entre los hijos y descendientes comunes, pero no a favor ni frente a terceros. Si hay legitimarios menores, podría solicitar del juez la autorización para vender ciertos bienes en caso de necesidad, y si son mayores y consienten en ello, también podría hacerlo. Pero si no se tiene esa autorización judicial en el caso de menores o no consienten en el caso de los mayores, no cabe la disposición. Esto es así aunque haya un grave riesgo de conservación del patrimonio que se administra para lo que es indispensable vender o hipotecar algo, por sí solo no puede hacer nada porque su función es administrar. Cabe la posibilidad de una petición de autorización judicial con la justificación de esa necesidad, pero no hay regulación al respecto. Pensando que esta administración puede darse durante un tiempo prolongado, creemos que si el fiduciario entiende que existe una necesidad ineludible de disponer de algún bien para salvar el resto del patrimonio, y los herederos no le dan su consentimiento es una solución el poder acudir al juez, quien tras una información sumaria, pueda suplir –o no- ese consentimiento.

En el supuesto en que existan descendientes del causante no comunes, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudicaciones relativas al pago de las legítimas, pero no más ni a otros efectos.

Por lo tanto para disponer frente a terceros de los bienes hereditarios, tanto si existen

⁶³SEDA HERMOSIN, M. A. “La facultad.....” (en nota anterior, pag 278 y 279)

como si no existen descendientes no comunes (además de los comunes, como es obvio), se necesitará el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el fallecido en su testamento e incluso de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendiente que sea descendiente de mejor grado del causante (por ejemplo, el fiduciario que instituye heredero a un nieto, en vida de su progenitor).

En definitiva, a pesar de la reforma de 2003, no han cambiado las tendencias y las dudas en este punto de la disposición de los bienes sometidos a la fiducia.

Para finalizar este apartado, haremos una brevísima mención de algo que tampoco contempla la nueva redacción del art. 831 CC: la posible subrogación real de bienes en lugar de los dispuestos y la aplicación de los frutos de los bienes fideicomitidos. Se recoge por ejemplo en la fiducia sucesoria catalana que para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados y quedarán incorporados a la herencia los frutos y las rentas no consumidos en las expresadas atenciones; en especial en el artículo 148 de la Ley de Sucesiones Catalana: «la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación» y actualmente en el artículo 426-36 del Código Civil Catalán, que veremos en el último apartado de este capítulo. Naturalmente, el Código Civil no regula esto, y aplicar supletoriamente la normativa foral es excederse en la institución, porque la fiducia del art. 831 no es tan amplia ni concede ese cúmulo de facultades.

7.- RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO

Ya hemos estudiado en capítulo anterior (Capítulo XI) que el párrafo segundo del número 3 del artículo 831 CC establece que si el cónyuge sobreviviente, facultado por el testador, no respetase la legítima estricta de algún descendiente común o su cuota de participación en los bienes relictos que hubiese ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge, en cuanto sean necesarios para la satisfacción del interés lesionado.

Ciertamente, cuando se solicite la rescisión de un acto de distribución y adjudicación de los mencionados por perjuicio de la legítima, se tratará, de rescindir un acto particional, por lo que acudiremos, como ya hemos analizado anteriormente, a los artículos 1073 y siguientes del CC.

La acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las

atribuciones inoficiosas (cfr. art. 1076 CC). Dice el artículo 1077 CC que el demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni hayan percibido más de lo justo.

El demandado no será el fiduciario, sino el descendiente adjudicatario de los bienes (adjudicación que perjudica la legítima de alguno de sus hermanos). A este último, corresponde optar entre el numerario o la misma cosa en que consistió el ejercicio de la fiducia. La nueva partición, en el caso de que esta sea la opción elegida, corresponderá al fiduciario y se limitará a «quitar a uno» para dar «al otro» la porción que complete su legítima estricta, salvo que el testador no le haya conferido la facultad de mejorar.

La rescisión se realiza contra un acto válido que causa un perjuicio, por lo cual puede ser impugnado por el perjudicado en los casos previstos por la Ley (artículos 1290 y siguientes del CC). En el caso de esta rescisión, parece reservada al traspaso de los límites impuestos a favor de los descendientes comunes. Por lo que, como ya estudiamos en el capítulo correspondiente, parece que tendremos que buscar otro tipo de ineficacia para el supuesto de no respetarse las legítimas de los descendientes no comunes. Lo que es criticable respecto de la redacción de 2003. Tal vez pudiera pensarse en la nulidad radical y absoluta, lo que resultaría excesivo e injusto, porque los actos nulos son insubsanables, y si los interesados están conformes con las actuaciones del fiduciario (por las razones que sean, por ejemplo, quieren favorecer a su hermano incapaz, aunque sea de vínculo sencillo, o no les compensa heredar y pagar el impuesto de sucesiones...) podrán pasar por ellas.

Por lo tanto, a mi juicio, la solución es también la rescisión. Pues si según las reglas generales, la partición realizada por el testador puede ser impugnada por causa de lesión si perjudica las legítimas o cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (artículo 1057 CC), no se va a aplicar una solución distinta en este caso. Por analogía, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶⁴, considera rescindibles los actos del cónyuge facultado que perjudiquen las legítimas o contravengan la voluntad del testador manifestada en sus disposiciones de última voluntad.

⁶⁴LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pag. 1140).

8.- LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Ya anticipamos y hemos analizado en capítulo anterior (XI) que el artículo 831 CC permite, por un lado, que el cónyuge sobreviviente puede ejercitar las facultades previstas en el precepto incluso con cargo a bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. En el párrafo tercero del apartado 1º dice: << *Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa*>>.

Y, por otro lado establece además aun otra opción: << *Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite la facultad*>>.

Del tenor literal de ambos párrafos del precepto llegaremos a concluir que el cónyuge facultado puede utilizar los bienes de la comunidad postganancial (sociedad de gananciales disuelta y no liquidada) para ejercer las facultades conferidas por el testador y en cambio, solamente podrá utilizar sus propios bienes para pagar las legítimas y demás disposiciones del causante. A mi juicio, si puede pagar legítimas y demás disposiciones del causante con sus propios bienes no hay razón para sostener que no pueda utilizar a tal objeto bienes de la comunidad disuelta y no liquidada. Y también, que puede mejorar, atribuir y distribuir bienes con cargo a su propio patrimonio, pagando incluso las legítimas que a su herencia correspondan con bienes del causante.

Esto es así porque el legislador mantiene el espíritu de una partición ordenada y conjunta de los bienes de ambos cónyuges, que se llevará a efecto a la muerte del último de ellos, sin perjuicio al respeto a las legítimas y demás disposiciones del causante.

Aunque esta cuestión ha sido tratada en capítulos anteriores, haremos ahora mención de algunas de las cuestiones que se originan como consecuencia de las operaciones y medios que tiene el fiduciario para realizar el pago de los derechos de todos los interesados en la sucesión del concedente de la delegación.

8.1-EQUIVALENCIA DE LA PARTICIÓN QUE REALIZA EL FIDUCIARIO A LA REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR.

Se ha dicho (Capítulo X) que las facultades particionales del cónyuge viudo son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶⁵). En ese sentido, LACRUZ BERDEJO⁶⁶ sentó la doctrina de que la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; y de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota. Pero bien entendido, que tanto una como otra facultad pueden ser matizadas o limitadas por el testador. Así pues, en cualquier caso, el fiduciario es más que un contador-partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el propio testador, con aplicación del artículo 1056 CC y sometida a las mismas reglas de respeto.

Pero como veremos a continuación, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, en cuanto puede utilizar bienes de la comunidad post-ganancial para conformar los lotes y, además, e incluso puede pagar con bienes suyos propios en determinados casos –descendientes comunes- con caudal extrahereditario.

8.2-PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En principio, existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta que se haya liquidado la sociedad de gananciales no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes de la comunidad conyugal se atribuirán a la masa de la herencia del difunto y se incluirán en el caudal relicto. Puede ocurrir, incluso que hubiere bienes pendientes de la liquidación de otra sociedad ganancial sin liquidar de su primer matrimonio (art 1409 CC).

Con anterioridad a la reforma de 2003, para determinar los bienes del difunto se tenía que proceder previamente a liquidar la sociedad conyugal, esta operación tenía que realizarse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del causante, y si los herederos

⁶⁵LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1140).

⁶⁶LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Barcelona 1988. 4ª Edición, reimpresión en 2009. Editorial Dykinson, S.L. ISBN: 9788498497311 (Pág. 381 y s.s.).

o alguno de ellos eran menores de edad, se les nombraba un defensor judicial conforme a los artículos 162 y 163 del CC se formulaba el inventario con citación de acreedores (analogía al 1.057 2 CC).

El actual artículo 831 CC establece «...y, *en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*». De manera que el artículo 831 CC al conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, lo que está concediendo es liquidar unilateralmente la sociedad conyugal disuelta. Además, el párrafo 3º del apartado 3 establece «*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades*», de forma que el viudo puede pagar las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de bienes pertenecientes a él, que pueden o no ser los que resulten adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal.

La cuestión de si puede el fiduciario que es cónyuge superviviente liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales o en su caso la sociedad conyugal, sigue siendo algo que la reforma de 2003 no ha aclarado. Con la redacción de 1981 se planteaban numerosas cuestiones que debido a lo parco del antiguo texto, se resolvían en contra de ninguna facilitación de esa liquidación unilateral. No se admitía ni en teoría ni en la práctica. Tras la redacción de 2003, se han complicado aún más las cosas, ya que las amplias facultades del fiduciario no se entienden si no acompaña la facultad de liquidar los bienes comunes unilateralmente; en otro caso, el precepto se puede, por lo que se refiere a las facultades, quedar vacío de contenido. Con este planteamiento, la doctrina que estudiaremos se ordena conforme un abanico que oscila entre dos tendencias: Una es la de que el cónyuge puede realizar adjudicaciones y particiones de todo tipo, incluso las que se refieran a los bienes de la sociedad conyugal, lo que se ampara en el texto del inciso final del primer párrafo del artículo 831 CC que establece: << *incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*>>. La literalidad del precepto lleva a responder afirmativamente. De acuerdo con esta interpretación, el viudo podrá liquidar por sí solo, y como además puede satisfacer las legítimas con sus propios bienes (esos propios bienes pueden ser los resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal), conforme las amplias facultades

que tiene el fiduciario en el apartado 4º del 831 CC, nos encontraríamos con unas facultades enormes. En este sentido ROMERO-GIRÓN DELEITO⁶⁷, DIE LAMANA⁶⁸, y MILLAN SALAS⁶⁹, para quien la nueva facultad del 831 CC respecto de la sociedad de gananciales, podía resultar una revolución jurídica. A mi juicio, son excesivas de todo punto de vista, pues le permitirían burlar las legítimas de los hijos comunes, o incluso de los hijos que sólo lo son del causante o incluso de posibles acreedores.

La otra tendencia, sería la de mantener que el cónyuge carece de tal facultad, porque esto podría suponer una peligrosa autocontratación, ya que se vulnerarían derechos de otros implicados, como los legitimarios e incluso hijos no comunes. El argumento literal del texto, también puede servir aquí, porque la mención de la adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales que esté disuelta pero aún sin liquidar, no autorizaría la práctica de ninguna liquidación si no es ajustada a las normas generales, esto es con la intervención conjunta del cónyuge viudo y de los hijos comunes y los no comunes del causante; en el caso de existir menores o incapacitados habría que exigir las representaciones legales pertinentes y en su caso las autorizaciones judiciales correspondientes, sobre todo, habida cuenta de la colisión de intereses, lo que las haría necesarias siempre. La prudencia de la práctica notarial ha hecho que esta sea la tendencia a la que se acoge el Notario, por conservadora y en evitación de que el ejercicio de esta facultad de la fiducia se convierta en un semillero de pleitos y responsabilidades profesionales. Pero lo cierto es que ignorar esta facultad concedida en el artículo 831 CC, dejaría vacía de contenido en muchos de sus aspectos la fiducia. Naturalmente, siempre cabe el remedio que se utiliza por la práctica notarial, que en ejercicio de previsión aconseja que en el testamento en el que se instituye la fiducia, al mismo tiempo se designe un contador partidor con facultades para liquidar la sociedad conyugal junto con el cónyuge supérstite. En este sentido SEDA HERMOSIN⁷⁰, LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷¹ y GARCIA RUBIO⁷². Para estos autores, en

⁶⁷ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica”. (Op. Cit. Pág. 224).

⁶⁸DIE LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Nº32 Abril 2012.(En página web del Seminario Carlos Hernández Crespo).

⁶⁹MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. (pag. 403 a 433). Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1. (página 420).

⁷⁰SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 273 y s.s.).

⁷¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 1140 y s.s.).

definitiva el cónyuge no puede liquidar por si sólo, porque deja a los hijos prácticamente inermes y no puede privarles de todos sus derechos. Además de que esa liquidación afecta no sólo a los hijos comunes, sino también a los no comunes –si existieren-. En todo caso una partición así hecha, no les podría ser oponible ni a los hijos ni a los acreedores.

Por todo ello, para el supuesto de poder ser conveniente la liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, por razones de composición, escasez o entidad del caudal, es muy conveniente prever en el testamento el nombramiento de contador partidor con esta única finalidad, de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge superviviente.

A nuestro juicio, que ha cambiado desde el año 2003 (RUEDA ESTEBAN⁷³), debe buscarse la permisión de esa liquidación unilateral de la sociedad conyugal, porque si no, las facultades del fiduciario quedarían muy mermadas como no esperase al ejercicio de la fiducia en el último testamento, para evitar la confluencia de intereses. Lo habitual es que ninguno de los legitimarios solicite la liquidación de la sociedad conyugal ni la precise el fiduciario, y éste, ejerce sus facultades de ejecución de la fiducia en su propio testamento, haciendo una partición conjunta de los bienes propios y los del causante de la sucesión en que se le encomendó la delegación. Es por esto, que no existe jurisprudencia sobre esta materia. No obstante, la cuestión de los hijos comunes o no (en este segundo caso con mayor razón), menores o incapacitados, o incluso discapacitados, y su condición de sujetos protegidos, nos parece que es un obstáculo importante a la hora de hablar de estas facultades del fiduciario respecto de la sociedad de gananciales, por lo que como hemos sostenido, la prudencia aconseja el nombramiento de un contador partidor para estas situaciones.

Para ROMERO GIRON DELEITO⁷⁴, la innovación de la nueva redacción respecto de la incidencia en la sociedad de gananciales plantea sus propios problemas. El artículo 831 CC permite que el cónyuge fiduciario pueda ejercitar sus facultades sobre bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar. Esto es una auténtica revolución por lo que se refiere a la liquidación de los bienes comunes. Pero esta es una atribución muy

⁷²GARCÍA RUBIO, M.P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la página 96).

⁷³RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pág. 973). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional...” (Op. Cit. página 176 y 177).

⁷⁴ROMERO GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 C.C. una aplicación práctica” (Op. Cit. pag 224 y 225).

peculiar, pues, ya implique una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, ya una disposición de bienes concretos sin necesidad de previa liquidación o partición (Resoluciones de la D.G.R.N. de 10 de diciembre 1998, 25 de febrero de 1999, 11 de diciembre de 1999 y 28 de noviembre de 2000, 11 de enero de 2001 y 31 de enero de 2004), lo cierto es que se efectúa solo por el cónyuge fiduciario, sin intervención de los herederos del premuerto. En consecuencia, si esto fuera así, podríamos llegar a la conclusión de que lo que puede hacerse por actos aislados puede hacerse en un solo acto, de modo que el cónyuge fiduciario podría practicar por sí solo la liquidación total de los bienes gananciales. Esto, creemos, parece una conclusión demasiado aventurada, porque el artículo 831 CC no da por supuesta esa posibilidad, sino que la extrae generalizando un caso singular respecto de un bien concreto, y es excesivo considerarlo liquidación generalizada de la sociedad de gananciales, aunque pueda ser repetido sobre otros bienes. En la práctica, parece más prudente que en el caso de que el cónyuge fiduciario desee efectuar la liquidación, que es una opción entregada a su arbitrio, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea imponiendo la intervención de los herederos, ya sea designando contador-partidor *ad hoc* por plazo indefinido o exigiendo tasación pericial, salvo el caso de que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindivisión. En resumidas cuentas, lo que hemos defendido anteriormente.

Por otra parte, en las adjudicaciones *inter-vivos* de bienes gananciales, deberán expresarse los conceptos de forma clara, así como si se efectúa con cargo a la participación ganancial del testador, del cónyuge viudo o de ambos, debiendo preverse en lo posible, en el testamento del causante.

Esta forma de liquidación de la sociedad conyugal carece de antecedentes⁷⁵. Ya hemos comentado, que en el precepto, no se expresa directamente si el cónyuge sobreviviente puede o no puede por sí solo liquidar la sociedad de gananciales, como acto previo a la partición en ejercicio de la facultad delegada, lo cual es muy importante en la práctica. Pero se intuye de la redacción de la norma. A mi juicio, es excesivo, y desde luego como confluyen intereses de los herederos descendientes e incluso de acreedores no creo que pueda hacerlo sólo. No obstante considero conveniente que la doctrina y jurisprudencia habiliten un sistema de que se pueda liquidar unilateralmente.

⁷⁵DIE LAMANA, J. "El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común". (Op. Cit. página web Seminario Carlos Hernández Crespo)

VALLET DE GOYTISOLO⁷⁶, consideraba respecto de la redacción de 1981, que no comprendía la facultad de liquidar la sociedad conyugal. Pero la redacción de 2003 fue más allá de lo que siempre se reguló en forma clásica. Por eso hemos calificado la innovación de una auténtica revolución jurídica y legislativa.

Por un lado, la liquidación de la sociedad conyugal puede resultar innecesaria, con la redacción de 2003, en caso de que el supérstite ejercite la facultad delegada en su propio testamento, en el cual distribuya conjuntamente con su propio caudal el haber del cónyuge premuerto. El obstáculo es que si hay hijos no comunes, van a tener que esperar al fallecimiento del cónyuge de su progenitor para conocer el total del caudal hereditario del mismo (en el que obviamente se incluyen los bienes de esa sociedad de gananciales que se le adjudiquen por su mitad) Esta última posibilidad está contemplada directamente en la redacción actual, apartado 1 segundo párrafo. (*... si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento...*), y facilitada por el carácter de administrador del cónyuge supérstite (apartado 2) y por la posibilidad tan frecuente en la práctica de ser designado usufructuario universal. Como consecuencia de esta actuación del supérstite como administrador de un patrimonio ajeno, habrá de rendir cuentas y tendrá responsabilidad por su gestión, así como derecho a reembolsarse de los gastos o perjuicios que su gestión le haya reportado, siempre que no haya actuado negligentemente, y los daños se deban a esa negligencia.

Por otro lado, posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales realizada por el cónyuge supérstite por sí solo, supondría un claro supuesto de indebida autocontratación, con contraposición de intereses. Quizás por eso, la redacción de la Ley 41/2003 no confiere al sobreviviente la facultad de liquidar la sociedad de gananciales pero sí realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (apartado 1).

Sigue en esto, la redacción de la Ley 41/ 2003, como en otros muchos puntos, la solución de la Ley de Sucesiones de 1999 de Aragón (artículo 142. 3, hoy artículo 449 del Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón). La actuación del fiduciario sobre los bienes de

⁷⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones...” (Op. Cit. pag 420 y s.s.)

la sociedad conyugal disuelta sin liquidar se entiende sin perjuicio de las acciones y ha de estar sujeta a la posible reclamación de los legitimarios, para evitar el fraude de sus derechos. Eso no lo podía hacer el cónyuge concedente y tenía sus límites. Por tanto, el fiduciario también estará sujeto a esos límites. En definitiva se trata de una forma de pagar con bienes extrahereditarios. Esta solución del apartado 1, es parcial y puede crear muchos problemas en la posterior liquidación de la sociedad de gananciales. En Aragón hay soluciones totales, aparte de la mayor libertad de testar que puede evitar por anticipado problemas con algún hijo, como es la del artículo 77 de la Ley 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial, actualmente artículo 258⁷⁷ del texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas (Código de Derecho Foral de Aragón), por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que permite la liquidación de la sociedad conyugal promovida por el fiduciario. Pero claro está, en Aragón, la fiducia sucesoria es algo con lo que se ha convivido siempre, su regulación viene de muy atrás y sobre todo, concilia perfectamente con la naturaleza colectiva de la legítima. Ocurre que como siempre que se incorpora una institución de Derecho Foral al riguroso sistema legitimario del Código Civil, se producen desajustes en la aplicación del mismo. Por eso fue valiente e inteligente el legislador al afrontar la actual redacción del artículo 831 CC.

No obstante, recordaremos la observación que hemos hecho anteriormente respecto a que esa liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, se deberá prever en el testamento el nombramiento de contador partidor con esta única finalidad, de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge supérstite. Con esto se evita la confluencia de intereses.

En definitiva, también ha cambiado el criterio en esta materia. Antes de la última reforma del año 2.003, la liquidación debía efectuarla el supérstite junto con los herederos del premuerto, lo que obligaba en caso de menores de edad a la intervención del defensor judicial y a la formulación de inventario con citación de acreedores (analogía al 1.057 2 CC); en contra la doctrina más permisiva (MENÉNDEZ-VALDÉS

⁷⁷Artículo 258: “Derecho a la división. -1 Disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe...”

GOLPE⁷⁸), que había entendido que el cónyuge viudo, actuando en el supuesto excepcional del 831 CC como contador partidor de la herencia de su esposo y en nombre propio como supérstite, podría practicar la liquidación de la sociedad conyugal. La incompatibilidad provenía de la objeción de que el cónyuge viudo en cuanto a heredero forzoso de su cuota legal, no podía ser contador partidor (STS 8 de Febrero de 1.892 y otras), y en ese sentido, al recibir su cuota legal, no podía ejercitar funciones de distribución (y paradójicamente sí podía mejorar, lo que es incongruente) en virtud del 831 CC. Por eso, lo más lógico era entender que el artículo 831 CC hacía una excepción a favor del viudo respecto a los límites impuestos por el 1.057 CC (Piénsese que entonces el pacto se hacía en capitulaciones). No obstante, como hemos analizado antes, el legislador ha optado por las ideas más facilitadoras del ejercicio de la fiducia: «... y en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquida.».

También del inciso final del último párrafo del n ° 4 se deduce: «... *suficientemente satisfechas aunque en todo ó en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*». En conclusión, no se comprendía antes la facultad de liquidar la sociedad conyugal, pero la práctica había ideado mecanismos para sin colisión de la norma, ordenar una partición conjunta del caudal del finado y el del supérstite. Por todo esto, la liquidación de la sociedad conyugal puede resultar innecesaria con la redacción de 2003 en caso de que el supérstite ejercite la facultad delegada en su propio testamento, en el cual distribuya, conjuntamente con su propio caudal, el haber del cónyuge premuerto (si bien esto solo sería posible en el caso de concurrir únicamente hijos comunes). Esta última posibilidad está contemplada directamente en la redacción actual, apartado 1 segundo párrafo. (... *si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento...*), y facilitada por el carácter de administrador del cónyuge supérstite (apartado 2) y por la posibilidad tan frecuente en la práctica de ser designado usufructuario universal.

Así, era habitual la inclusión en el testamento, junto con la facultad del 831 CC, la de una liquidación de la sociedad conyugal y distribución conjunta del caudal propio y

⁷⁸MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E. “Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil” Edita Becerrea. 1964, Madrid. (Páginas 194, 200 y 201).

el del cónyuge; y también en el testamento del supérstite, una distribución conjunta del caudal propio y del haber del premuerto.

En otras ocasiones, la liquidación de la sociedad conyugal se hacía innecesaria, porque ningún legitimario lo exigía, y si el propio supérstite no lo pretendía, se relegaba todo a la partición hecha en el testamento del supérstite (esto se facilitaba normalmente por la coexistencia con el usufructo universal del viudo, que le evitaba la necesidad de liquidación).

Toda esta interpretación es muy cuestionable a nuestro juicio, ya que al concederse al viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, parece que se permite la práctica de una liquidación unilateral de aquélla. Y se completa la facultad con la posibilidad de que el cónyuge viudo- pague las legítimas y disposiciones del causante con adjudicaciones de sus propios bienes, que pueden ser los resultantes de esa liquidación.

Esto, naturalmente nos suscita dos posibles interpretaciones: Por un lado, la de que en la nueva redacción, se vislumbra una tendencia que coincide con el sentir actual de la sociedad de que en los matrimonios con hijos comunes hay una sola herencia; se produce una mezcla de los bienes de ambos cónyuges y de los comunes del matrimonio, de manera que todo se repartirá de forma sincronizada al fallecimiento del último de ellos; no se trata sólo de la protección del patrimonio del discapacitado (*ratio legis* de la norma), sino de la transmisión ordenada y continuidad de la empresa familiar.

Por otro lado cabría una crítica desfavorable al camino seguido; se ha permitido una liquidación anticipada de la sociedad conyugal y de forma unilateral, lo que produce discutibles efectos jurídicos; anticipada no lo es de forma absoluta sino relativa: desde luego cabe esa liquidación en vida del viudo, pero puede dañar el patrimonio empresarial familiar, pues no se trata de bienes de cuantificación y valoración fácil (sobre todo si se hace de forma acelerada); por unilateral, la crítica, como hemos razonado, consistiría en que se trata de excesivas facultades para el cónyuge supérstite, lo que conducirá a un evidente “conflicto de intereses” con los legitimarios; y esto aunque se trate de una liquidación parcial del patrimonio conyugal; además, esta forma de liquidación y pago a los legitimarios con bienes propios del viudo puede suponer perjuicios para terceros (los acreedores por ejemplo).

En resumen y para concluir, hay doctrina reciente de la DGRN que no permite la liquidación unilateral de la sociedad conyugal cuando esté concedida la cautela *Socini*, incluso aunque se mantenga la herencia indivisa. Sin duda, el actual precepto somete

todo esto a revisión⁷⁹. Así pues, con el texto actual, se permite la liquidación unilateral del cónyuge superviviente excepcionando los límites del 1.057 CC que someterían el ejercicio de la facultad del 831 CC a lo dispuesto en otros artículos, como el 1.061, 1.062,... todos del CC. Pero con las reservas expresadas.

Además, por igualdad de *ratio legis*, entenderemos que puede usar de la facultad concedida en el 1056.2 CC; esa partición, además no será rescindible por causa de la lesión en la cuarta parte a que se refiere el 1.074 CC, sino que lo será por la acción del 1.075 CC (conforme ya vimos anteriormente) con la adición de que está sometida a la voluntad del causante, con lo que cumple la segunda circunstancia del precepto «... de que aparezca, ó racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador»; además, no serán aplicables los requisitos formales del 1.057 CC en los párrafos 2º y 3º (inventario de los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de los sometidos a patria potestad, tutela o curatela, citación de los demás interesados, aprobación judicial en su caso). En cualquier caso, no necesita el consentimiento de los herederos, pues no tiene carácter contractual, a diferencia de la hecha por los coherederos (S. T. S. de 16 de marzo de 2001).

En conclusión, no obstante el gran privilegio que diferencia esta partición hecha por el fiduciario de otras, hay que emplear con prudencia esta posibilidad de la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales. Para SEDA HERMOSIN⁸⁰, no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto. Pero nosotros creemos que el fiduciario tiene ciertas facultades, relativas, en orden a la liquidación de gananciales, pues puede hacer

⁷⁹La doctrina de la D.G.R.N. ha quedado plasmada en Resoluciones del Centro Directivo en las que no se permite la liquidación unilateral de la sociedad conyugal si concurre con la cautela socini, incluso manteniendo la herencia indivisa. Lo cierto es que a pesar de la redacción del 831 desde 2003, no se ha revisado la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado. La Resolución de 2 de diciembre de 2003 establece que la partición de la herencia de una persona que estaba casada en sociedad de gananciales requiere ineludiblemente la previa liquidación de la sociedad ganancial, liquidación para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge viudo y desde luego se da por supuesto que también el de los herederos y en su caso los legitimarios. El centro de la fundamentación está en la exigencia del consentimiento de la viuda, pero la Resolución da por supuesta la concurrencia del consentimiento de los hijos. En el mismo sentido las Resoluciones de 6 de febrero de 2008, 24 de septiembre de 2003, que reiteran la de 11 de mayo de 1998. En estas, la partición hecha solo por el contador, aunque se refiera solo a los bienes privativos del causante, requiere inexcusablemente la concurrencia del cónyuge viudo, porque solo después de la liquidación será posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. Pero tras la redacción de 2003, cabe que ese consentimiento del superviviente baste por sí solo para la liquidación. La Resolución de 28 de febrero de 1992 recoge que solo cuando concluyan las operaciones liquidatorias “esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se adjudiquen”

⁸⁰SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 273)

atribuciones a favor de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada (inciso final del párrafo primero del artículo 831 CC). En definitiva esto significa que el cónyuge, por sí sólo, ordena que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto por el testador concedente y, por tanto, opera una suerte de liquidación parcial respecto de los gananciales. En la práctica, existiendo sólo hijos comunes es más fácil, pero si también hay hijos no comunes se complica. Y es que con hijos no comunes, para pagarles su legítima, antes habrá que liquidar la sociedad de gananciales para saber a cuanto asciende la mitad de su progenitor (y, en su caso, hacer el juego de reembolsos entre patrimonios que corresponda) y junto con los bienes privativos poder calcular su cuantía.

8.3- MEJORAS, ADJUDICACIONES Y ATRIBUCIONES DE LOS BIENES DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL.

Hemos analizado la cuestión de la liquidación, pero ¿Qué ocurre si se adjudican directamente bienes de la sociedad post ganancial? La solución más sencilla es que el viudo adjudique los bienes de la sociedad conyugal a los descendientes en cuanto a una mitad en uso de sus facultades fiduciarias y la otra mitad por su propio derecho, y como donación, a cuenta o no de su propia herencia, según lo ordene. Donación que aceptarán o no los propios donatarios.

La facultad de utilizar bienes de la comunidad post ganancial es algo que ha preocupado siempre a la doctrina (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸¹), y como hemos anticipado, con la inclusión de la posibilidad en el 831 CC, se abre un nuevo campo para la organización de la sucesión sincronizada entre los cónyuges. El artículo 831 CC termina el párrafo donde describe las facultades del cónyuge añadiendo la siguiente frase «*incluidos bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*». Se pregunta LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸² si tal posibilidad se extiende a todas las facultades o se limita al supuesto de concesión de la facultad de partir.

Del análisis conjunto del precepto, ya he defendido anteriormente que cabe tal posibilidad en todos los casos. Es decir, se podrá mejorar con cargo a bienes de la comunidad post ganancial y atribuir o adjudicar bienes de tal comunidad y proceder al reparto conjunto de los bienes privativos del difunto y de los bienes de la sociedad conyugal, extinta y no liquidada, con los problemas que en capítulos relativos a los

⁸¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pag 1127)

⁸²LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo.....” (nota anterior, pag 1127 y 1134)

límites del fiduciario veremos (capítulo XI).

En resumen, para realizar la partición de la herencia, se hace necesario contar con la liquidación de la sociedad de gananciales, bien sea con su liquidación o bien con este mecanismo del artículo 831 CC. Porque existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta entonces no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes del consorcio que se atribuirán a la herencia del difunto. Solo excepcionalmente se podrá hacer esta forma de liquidación especial sin las formas técnicas clásicas, cuando se haya hecho institución de la fiducia del artículo 831 CC mediante la atribución de bienes de la comunidad post ganancial.

Así pues, como hemos analizado antes, en este caso, la posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda utilizar bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar nos puede llevar a pensar que está facultado para liquidar en solitario esa sociedad. Si así fuera, entiende LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸³ que antes de partir la herencia del difunto, el cónyuge viudo podría adjudicarse a sí mismo bienes de la sociedad de gananciales. Después de liquidar la sociedad de gananciales, en la partición de la herencia, podría concretar los bienes sobre los que recaería su usufructo, ya que las facultades conferidas no le privan de su cuota legal (y eso como mínimo, pues el causante ha podido dejarle más de lo que por legítima le corresponda. Es más, lo frecuente es que se le deje el tercio de libre disposición). Esa concreción podría hacerla incluso de forma indirecta, pues dado que su usufructo recae sobre el tercio de mejora, le bastaría con adjudicar en ese concepto los bienes que le interese usufructuar.

Se daría así la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador. A juicio de esta autora (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁴), opinión que yo comparto, resulta excesivo. Por estas razones se han creado las corrientes críticas que hemos expuesto antes.

Existiendo algún hijo no común, favorecido por el testador, el precepto dice que el cónyuge que no sea pariente en línea recta del mismo, tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a las facultades conferidas, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a las legítimas o disposiciones del causante. Sobre esto, volveremos posteriormente.

⁸³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. Pag 1134)

⁸⁴LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA; C. “El artículo...” (Op. Cit. nota anterior, en pags 1134 y 1135).

A *contrario sensu*, cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos, sí fueran mayores de edad, para liquidar la sociedad de gananciales e incluso cabe pensar que tendrán que dar su aprobación a las operaciones de partición de la herencia (RUEDA ESTEBAN⁸⁵).

Desde luego, si existen hijos menores, el cónyuge fiduciario será su representante legal, por lo que no podrá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ni a la partición de la herencia sin nombrar un defensor judicial, pues a esa solución conduce la doctrina que fluye del artículo 1057 CC, como bien dice el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de Aragón de 3 de octubre de 1989, que si bien está referido al Derecho Foral de esa Comunidad Autónoma sería aplicable al caso del 831 CC. Por eso es recomendable la solución apuntada de un contador partidor que comparta la partición y distribución con el fiduciario, para así evitar los inconvenientes de paralizaciones y demoras producidas por el nombramiento procesal de defensores judiciales.

Respecto a la posibilidad de la facultad de atribuir bienes concretos de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, y el pago de las legítimas y disposiciones del causante con bienes del cónyuge superviviente, incluso de la comunidad post ganancial, nos referiremos a ello en el apartado relativo al pago de los derechos de los legitimarios.

A juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁶, de la dicción literal del precepto se puede deducir que el fiduciario puede atribuir los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales. A mi juicio esto es así porque si el cónyuge superviviente tiene facultades para atribuir los bienes privativos del difunto, de la misma forma lo serán los bienes que resulten de la liquidación de la sociedad de gananciales y que hayan sido adjudicados a la herencia del difunto. Esto es así porque los bienes procedentes de la liquidación de la sociedad, ya no son gananciales sino privativos, por lo tanto el cónyuge superviviente podrá disponer de ellos a favor de cualquier hijo o descendiente.

Realmente, como hemos visto, se está aceptando por el 831 CC una posibilidad de liquidación parcial de la sociedad conyugal, porque lo que quiere decir el precepto, es que el cónyuge superviviente podrá detraer bienes de la comunidad post ganancial a favor de cualquier descendiente, o en su caso, de no ser una liquidación parcial, será que

⁸⁵RUEDA ESTEBAN, L. "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil" (Boletín de Información de la Academia... (Op. Cit. pag 973) . "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar, profesional y empresarial..." (Op. Cit. página 177, 178 y 183).

⁸⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. "El artículo 831 del Código Civil". (Op. Cit. Pág. 1127).

el valor de tales bienes formará parte de la cuota correspondiente al difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales.

En conclusión, el cónyuge superviviente tiene enormes facultades, porque se le atribuirán bienes de la comunidad conyugal por la mitad del valor de ésta. Así, puede utilizar para mejorar o atribuir a los hijos comunes los bienes que menos le interesen y quedarse con los que le convengan. No obstante, en virtud del principio de la buena fe, parece claro que no podrá ejercitar la facultad conferida en su propio beneficio, otra cosa será demostrar ese beneficio, porque es indudable que deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes. No obstante, hay algunos límites y la facultad concedida al cónyuge sobreviviente no puede alterar el régimen legal de la liquidación de la sociedad de gananciales. En consecuencia, el cónyuge supérstite tendrá que respetar las adjudicaciones preferenciales previstas en el artículo 1406 CC, si bien esas preferencias están concedidas en su mayor parte a su favor. Y, si existen deudas gananciales, no podrá disponer del metálico existente en la comunidad post ganancial hasta que sean pagados los acreedores, según lo dispuesto en el artículo 1400 CC (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁷).

Y por supuesto, en los mismos términos que para la partición hereditaria, si existen hijos o descendientes comunes menores de edad, si el fiduciario se adjudicase bienes y por lo tanto hubiere contraposición objetiva de intereses entre él y los hijos, aunque sean comunes, para el ejercicio de esta facultad deberá nombrarse un defensor judicial (cfr. art. 1057, 3 CC). Igualmente si hay hijos incapacitados, porque sus circunstancias en la mayor parte de los casos se asemejan a las de los menores.

Pero además, en la herencia pueden concurrir con los descendientes comunes, otros que no lo sean. Estos estarán también interesados en calidad de herederos, si así hubiesen sido nombrados por el testador o, cuando menos, en calidad de legitimarios, pues hasta que su legítima esté satisfecha todo el caudal relicto está afecto al pago de su porción legal. Como la mitad de los bienes resultantes de esa liquidación pertenece a la herencia del causante, y habiendo hijos o descendientes no comunes que son cotitulares, por su cuota pendiente de liquidación, del conjunto de bienes que forman el caudal relicto, no es claro que el fiduciario pueda, por sí solo, detraer bienes de tal comunidad para su adjudicación al hijo o descendiente común que libremente elija.

⁸⁷LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. "El artículo..." (Op. Cit. en nota anterior, pag. 1147).

8.4-PAGO DE LEGÍTIMAS Y CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON CARGO AL PATRIMONIO DEL CÓNYUGE FACULTADO

Pero además de las posibilidades contempladas, el fiduciario puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes.

Como acabo de analizar, el precepto parece fomentar una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del fiduciario, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto. Pero la partición así concebida, puede causar problemas por diversas razones: la primera es, como ya hemos expuesto en capítulo anterior, que los legitimarios no están obligados a esperar al fallecimiento del último de sus progenitores para cobrar la legítima de la herencia del causante. La prolongación del poder distributivo del fiduciario, retrasando en el tiempo la partición, supone un gravamen para las legítimas, con una colisión importante con el principio de intangibilidad de la legítima. Anteriormente hemos señalado la similitud con el plazo establecido para el ejercicio del albaceazgo, que es el de un año, según dispone el artículo 904 CC.

En consecuencia, si los herederos forzosos reclaman la legítima que les corresponde en la herencia del cónyuge difunto, las adjudicaciones complementarias hechas a costa del patrimonio del fiduciario, solamente podrán hacerse mediante disposiciones *inter vivos* (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁸), sujetándose a las reglas de las donaciones, ya que las disposiciones *mortis-causa* (evidentemente en el testamento del fiduciario) son esencialmente revocables, y no pueden considerarse pagadas las legítimas (ni siquiera se entenderán pagadas las disposiciones testamentarias no inoficiosas del cónyuge premuerto), mediante atribuciones esencialmente revocables y, que en caso de no revocarse, solamente tendrán efecto a la muerte del disponente. Se les aplican las reglas de las donaciones y por lo tanto, en esencia, la regulación de las mismas en cuanto a la revocación, por lo que serán revocables. En el fondo no serían donaciones puras, pues no las guiaría el mero afán de liberalidad. En definitiva, está haciendo las adjudicaciones testamentarias usando de su fiducia, pero si lo hace con bienes propios es de suponer que ha recibido bienes del causante, porque el valor de las adjudicaciones

⁸⁸LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1147).

que haga con los bienes que sean, no superará el monto del caudal relicto del delegante. Para ser donación habría de empobrecerse con ella, si da un bien suyo pero lo compensa a su favor con otro de igual valor del causante no hay donación. En una partición normal, si un heredero se queda con la totalidad de un bien relicto y compensa a los demás coherederos su parte con numerario propio, no les esté donando nada, sino que está pagando las legítimas, y reserva los bienes del premuerto para otros fines. El segundo de los problemas es que el patrimonio del cónyuge sobreviviente puede sufrir alteraciones desde el momento en que realiza las adjudicaciones a costa de su patrimonio, hasta el momento en que se produzca su fallecimiento. Puede suceder, que en el momento de su muerte resulte que aquellas adjudicaciones, realizadas en su día, no constituyan mejoras o que sean inoficiosas porque perjudiquen las legítimas de sus propios legitimarios.

Además, el cónyuge sobreviviente puede tener, después de haber ejercitado la facultad conferida por el testador, nuevos hijos no comunes (aunque podría revocar la donación por superveniencia de hijo), por lo que el importe de la legítima individual que a los hijos comunes les corresponde puede verse disminuida por la concurrencia de legitimarios imprevistos en el momento en que el cónyuge viudo paga las legítimas con sus propios bienes. No nos sirve el argumento de que si el supérstite tiene posteriormente hijos se extingue la fiducia, porque pudiera ocurrir que el testador lo hubiese autorizado expresamente, aunque como vimos en otro capítulo, no es cuestión pacífica. Además, las atribuciones anteriores al nacimiento son irrevocables y puede ocurrir que perjudiquen la legítima de aquellos hijos.

Tal vez la posibilidad de pagar legítimas y demás disposiciones del causante, con cargo a los bienes del fiduciario, quede limitada a la hipótesis de ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte de ese fiduciario, en cuyo caso si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos realizados en ejercicio de sus facultades quedarán sin efecto. (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁸⁹). A nuestro juicio, más que quedar sin efecto, es que se someten a las posibles acciones de rescisión e inoficiosidad.

9.- COLACION E IMPUTACION

La colación, en sede de partición hereditaria, es la agregación contable a la masa hereditaria de los bienes donados por el causante a sus «herederos forzosos», para que

⁸⁹ LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831...” (en nota anterior, pag 1148 y 1149).

«tomen de menos» del caudal, lo que ya habían recibido en vida del causante. Según VALLET DE GOYTISOLO⁹⁰ computación, imputación y reducción de una parte, colación de otra, son operaciones independientes y sucesivas. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁹¹, entiende por el contrario, que dichas operaciones están relacionadas entre sí, es decir que se debe «colacionar» porque las donaciones se han computado a efectos del cálculo de las legítimas y, como se han computado, se deben imputar a cada uno de las porciones en que idealmente se divide la herencia cuando existen legitimarios. A mi juicio, hay que distinguir colación de la computación y la reunión ficticia, y con RIVAS MARTINEZ⁹², computación, imputación y colación son operaciones independientes y sucesivas. La computación y la imputación tienen por fin ir ordenando donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal del haber, para velar que no exista inoficiosidad. La colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el teórico caudal partible. A ese efecto, del caudal relicto líquido se restan las mejoras y los legados no colacionables, así como las cuotas hereditarias de los herederos que no sean herederos forzosos, en cuanto tales disposiciones no sean inoficiosas, y después se suman las donaciones colacionables y el exceso inoficioso de las demás donaciones. Este caudal relicto o masa resultante, deberá ser distribuida entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias.

Así pues, se debe seguir para pagar, el orden normal de todo proceso de liquidación de una herencia: 1º Acreedores del causante y de la herencia. 2º Legitimarios por su derecho o por suplemento de legítima. 3º Legatarios. 4º Herederos voluntarios. 5º Acreedores particulares de los herederos. Pues bien, la computación es anterior a este proceso, y la imputación está en la fase de pago a los legitimarios. Ambas tienen como finalidad la fijación de la legítima. En cambio, la colación no es una operación de fijación de esta, sino de creación de una masa para constituir en caudal partible. Tiene lugar en la fase de computación para formar ese caudal. Sigue la imputación a efectos de situar los bienes recibidos por cualquier concepto (herencia, legado o donación), y si estos perjudican los derechos de los legitimarios, procederá la reducción de una parte o de la totalidad de ellas. Lo que es congruente con la teoría de VALLET DE

⁹⁰VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Op. Cit. Pág. 426).

⁹¹ LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (en nota anterior, pag.1135)

⁹²RIVAS MARTINEZ, J. J. “Derecho de Sucesiones Común y Foral”. Tomo II. Volumen 1º. 3ª Edición DYKINSON 2004. ISBN: 84-9772-104-7 (Pág. 360,361 y 362).

GOYTISOLO⁹³, esto es, que se trata de operaciones independientes y sucesivas pero íntimamente relacionadas entre sí.

Señala RIVAS MARTINEZ⁹⁴, que la colación, aunque se practica entre legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima; a pesar de partir de una especie de reunión ficticia de bienes, tiene por objeto servir de base para un nuevo cálculo de reparto del caudal en el que se tienen en cuenta las donaciones recibidas por los legitimarios en vida del causante. Aunque todas estas operaciones se realizan a través de la imputación, no se trata de una operación contable a fin de determinar si el donatario está pagado en su legítima, sino de una especie de pago ficticio de la participación del donatario en la herencia. En la colación no tienen cabida los tercios de legítima estricta, mejora y libre, porque se trata de una operación entre herederos forzosos; en cambio, en la imputación sí tienen lugar los tercios de la herencia, porque es una operación entre legitimarios y no legitimarios, para determinar posteriormente si ha lugar a la reducción de liberalidades.

En primer lugar, el artículo 818 CC trata de la colación a efectos del cálculo de las legítimas. Para calcular las legítimas tomamos el activo neto del caudal relicto y le añadimos todas las donaciones efectuadas en vida por el causante. Evidentemente, si al valor del activo hereditario neto le añadimos el valor de las donaciones, la suma resultante excederá del haber partible, en consecuencia no habrá en el caudal relicto bienes bastantes para pagar a todos los legitimarios y cumplir las disposiciones no inoficiosas del causante con cargo a la parte libre, salvo que imputemos las donaciones a la porción correspondiente. Por lo tanto, antes de cubrir la cuota de cada heredero y de cada legitimado, sea o no heredero, debemos colacionar las donaciones e imputarlas a la legítima, parte libre y, en su caso, a la mejora.

En suma, debemos imputar las donaciones porque las hemos computado y, luego, el afectado tomará de menos de la masa hereditaria lo que ya hemos imputado a su cuota.

En palabras de LACRUZ BERDEJO⁹⁵, la colación es una operación que sirve para el cálculo de las legítimas y para contar en la partición como un anticipo de lo donado a los legitimarios por el causante, que se realiza por imputación.

Así pues, la colación se realiza por imputación, es decir se imputa contablemente en el lote correspondiente a cada coheredero, para completar después su cuota con bienes

⁹³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “comentarios...” (en nota anterior, pag. 428 y s.s.)

⁹⁴RIVAS MARTINEZ, J.J. “Derecho de sucesiones...” (en nota anterior, pag. 360 y 361)

⁹⁵LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Barcelona 1988. 4ª Edición, reimpresa en 2009. Editorial Dykinson, S.L. ISBN: 9788498497311 (Pág. 381 y s.s.).

concretos del haber hereditario. Otra cosa es que los legitimarlos legatarios, no deban colacionar, es decir traer a la masa el valor de los objetos legados, puesto que ya están en la masa, aunque deban imputarse a su legítima.

El artículo 1037 CC, afirma no estar sujetos a colación los bienes dejados en testamento (salvo voluntad en contra del testador) porque a juicio de LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁹⁶, es de lógica común: “no es de buen sentido agregar contablemente a la masa hereditaria el valor de los bienes que forman parte de esa masa y que, lógicamente, tenemos que valorar para realizar las operaciones contables”. Cabe pensar que el precepto quiere decir que lo dejado a título singular por el testador a un legitimarlo se imputará a la parte de libre disposición y, si no cabe en ese tercio, el exceso se imputará al tercio de mejora, lo cual coincide lo establecido en el artículo 828 CC que trata de la imputación de legados, afirmando que no se reputarán mejora salvo que el testador declare expresamente ser ésta su voluntad o no quepan en la parte libre. Todo ello significaría que las atribuciones testamentarias de bienes o derechos concretos significan un «extra» sobre la legítima para el legitimario favorecido.

Dados sus antecedentes, el artículo 828 CC parece partir de la hipótesis de un prelegado, que se recibe además de la institución (en la que se entiende incluida la legítima del instituido) por lo cual se imputa a la parte de libre disposición y, si no cabe en ella, a la mejora, es decir a las porciones en las que el testador puede desigualar a sus descendientes legitimarios. Para la doctrina mayoritaria (VALLET DE GOYTISOLO⁹⁷), el legitimario no tiene por qué recibir su legítima a título de herencia, bien puede suceder que el legado no sea un prelegado y que, por tanto, su legítima no esté cubierta con el contenido de la institución de heredero sino con el de ese legado o incluso con una donación en vida del testador. Pero otra doctrina (DIEZ PICAZO Y GULLON⁹⁸), opina que los legados realizados a favor de los legitimarios, sin orden de imputación, deben imputarse en primer lugar a la legítima, cuando no esté cubierta por otra distinta atribución patrimonial en cuyo caso, aunque no deba traer exactamente «a colación» el bien legado, a efectos prácticos se consigue el mismo resultado, pues el legitimario legatario «tomará de menos» de la masa hereditaria lo que ya recibió en

⁹⁶LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1136 y 1137).

⁹⁷VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 428 y s.s.)

⁹⁸DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. “Sistema de Derecho Civil”. Parte IV: Sucesiones. 7ª Edición-Madrid 1997. ISBN 84-309-3673-4 (Pág.526 y 527) y en Editorial Tecnos, 10ª Edición. Biblioteca Universitaria 2013.

concepto de legado. Así pues, para esta doctrina, cuando el testador no haya dejado al legitimario su cuota legitimaria expresamente (a título de herencia o legado), si entendemos que el legado debe imputarse en primer lugar a la parte libre, habría preterición, pues el testador no ha dispuesto a favor del legitimario de la cuota que legalmente le corresponde. Sin embargo, si el testador favorece a su legitimario con un legado, no hay preterición, puesto que lo ha recordado en su testamento y ha realizado una atribución patrimonial en su favor (precisamente el supuesto de preterición del art. 814 CC es el opuesto). El legatario no se considerará preterido y en todo caso podrá pedir el complemento de su legítima (cfr. art. 815 CC).

En conclusión, el cónyuge facultado por el testador, esto es el fiduciario, a la hora de efectuar el pago de las legítimas y componer las cuotas de los descendientes, deberá realizar las correspondientes imputaciones, teniendo en cuenta las donaciones y legados realizados por el causante y sus propias atribuciones. Si procede al reparto conjunto de sus bienes y los del causante, tendrá también que tener en cuenta las donaciones que él mismo haya efectuado a favor de los descendientes comunes. Por lo tanto es un agente calificador y determinante de la colación. Como las donaciones pueden ser colacionables o no, son importantes la computación y la reunión ficticia necesaria para el cálculo de las legítimas; posteriormente procederá la colación que dependerá de las circunstancias de cada sucesión concreta

10.- EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS GASTOS REALIZADOS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES DEL DESCENDIENTE INCAPAZ.

Lo recoge el párrafo segundo del artículo 1041 CC, añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. Esa exención de colación afecta tanto a los hijos o descendientes comunes como a los no comunes. No es preciso que exista declaración judicial de incapacidad, sino que basta con la discapacidad en los términos del artículo 2 de la Ley 41/2003.

Se pregunta LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁹⁹ si la exención de colación significa imputación al tercio de libre disposición o exención de cómputo para el cálculo de las legítimas, en cuyo caso el incapaz podría recibir íntegra su legítima

⁹⁹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (en nota anterior, pag. 1138).

estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, sin imputación a ninguno de los tercios de los gastos a los que hemos referido.

La exención de colación de los artículos 1036, 1037 y 1042 CC se refiere a donaciones, disposiciones testamentarias o gastos que son computables a efectos del cálculo de las legítimas, puesto que no pueden perjudicarlas, e imputables al tercio de libre disposición, que se imputarán a la legítima del favorecido en cuanto excedan de la parte de la que podía libremente disponer el causante y si aún así perjudican la legítima de los restantes herederos forzosos se reducirán por inoficiosas. SARMIENTO RAMOS¹⁰⁰, ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra, por lo que no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora.

En contra, la doctrina¹⁰¹ que entiende que la mejora es parte de la legítima amplia mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. En cuyo caso, la exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, y se trata de un «extra» a la legítima.

En cambio, los gastos exentos de colación del artículo 1041 CC no son computables a efectos del cálculo de las legítimas y por lo tanto no son imputables a alguno de los tercios. Suponen una atribución extraordinaria que no podrá considerarse inoficiosa, siempre que tales gastos sean los previstos en el precepto. Obedece la exclusión a que no se trata de auténticas liberalidades sino del cumplimiento de deberes impuestos por

¹⁰⁰SARMIENTO RAMOS, J. “Comentario al artículo 1042 C.C.”. Ministerio de Justicia, T.I (Pág. 2450, 2451 y 2452). Este autor ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra,; por lo tanto no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA (pag 1138 de su obra citada, en pie de página) sostiene otra postura y no lo cree así, porque a su juicio, la mejora es parte de la legítima, mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. La exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, se trata de «extra» a la legítima.

¹⁰¹LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (Op. Cit. en nota anterior, pag 1138 y s.s.).

la relación jurídico familiar o por el uso social. El artículo 1041 CC, segundo párrafo, no es realmente distinto del primero, lo que ocurre es que para las personas con discapacidad suele ser mas costoso cubrir las mismas necesidades que las de aquellos que no tienen esa discapacidad. Así, el aprendizaje puede ser mas laborioso o el equipo mas caro

Además, la nueva redacción del artículo 822 CC, operada por la citada Ley 41/2003, se refiere al legado o donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a favor del incapaz, y dice que «*no se computará para el cálculo de las legítimas*», lo que significa, indirectamente, que no se imputará a ninguno de los tercios en los que idealmente se divide la herencia, en el caso de existir descendientes del causante, como hemos sostenido en otros capítulos. Es una atribución basada en la necesidad del incapaz, que no se considera, exactamente, como una liberalidad.

Pues bien, el fiduciario, en aras de la naturaleza de su cargo, tendrá en cuenta al realizar la distribución, las disposiciones legales de exención de colaciones en los términos explicados.

11.- LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS. LA ADJUDICACION DE BIENES CONCRETOS, ESPECÍFICOS O DETERMINADOS.

El último párrafo del apartado 1 precepto, además ha incluido una norma que no deje lugar a dudas sobre el efecto determinante de la disposición *inter vivos*, hecha por el supérstite.

«Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo ó descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.».

Creemos que se refiere solo y esencialmente a las disposiciones *inter vivos*, puesto que las hechas *mortis causa* estarían pendientes de la muerte del supérstite y serían revocables; por lo tanto, incluye exclusivamente las que se produzcan como consecuencia de acto *inter vivos*, bien sean llamadas donación (mal llamadas, como hemos visto), adjudicación, distribución, especificación ó sencillamente atribución como consecuencia del ejercicio de la facultad conferida en virtud del 831 CC; éstas son irrevocables, si han sido aceptadas por el beneficiario, como se deduce del precepto, a

diferencia de las que se hayan verificado en el testamento del cónyuge supérstite.

Con esto, se quiere además indicar la efectividad del ejercicio de la fiducia: no se trata de una promesa de mejorar, ni siquiera se trata de una constitución a favor del adjudicatario designado, de un derecho de crédito ó un derecho personal, sino de una auténtica transmisión de derecho real; desde ese mismo momento, el adjudicatario es propietario efectivo y puede disponer y transmitir. En definitiva, es auténtico título a efectos de la *traditio* o entrega.

Este párrafo cuarto del artículo, objeto de análisis, es innovador desde la reforma que del artículo 831 CC se hizo en el año 2003. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁰², con la lectura de este párrafo, concluye que las disposiciones del cónyuge sobre los bienes del difunto tienen el carácter de adjudicaciones particionales, que atribuyen al favorecido la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados.

No obstante, como ya hemos tratado anteriormente, si se trata de inmuebles, el adjudicatario no podrá inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre sin el consentimiento de los herederos y de los legitimarios, sean o no herederos, pues mientras no se realice la partición completa de la herencia no puede saberse si el fiduciario ha respetado las legítimas y disposiciones del causante. Pero esto no es concluyente, porque a mi juicio, los legitimarios tienen otros medios para sostener y defender sus derechos (acciones rescisorias y de nulidad en otros casos), sin que sea la falta de inscripción en un Registro público lo que determine si son correctos o no. Además, con la constancia en documento público del simple consentimiento del fiduciario y la aceptación del beneficiado, tendrá acceso esa adjudicación al Registro de la Propiedad y a cualquier otro Registro que sea preciso o menester.

Siguiendo a LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁰³, el adjudicatario se encuentra favorecido por una especie de posesión civilísima en virtud de la cual, no necesita aprehensión material de los bienes adjudicados. Esto, para las situaciones normales de masa hereditaria, se plasma en el artículo 440 CC que se refiere específicamente a los herederos. Pero en este caso, existe una adaptación del 440 CC a la especial situación jurídica de pendencia que se recoge como consecuencia de la fiducia del 831 CC. Así pues, en este caso, parece que para adquirir la posesión de los bienes adjudicados no hace falta adquirirlo a título de herencia. Si el adjudicatario es legatario, adquirirá también la posesión igual que la civilísima (ya que esta solo es del heredero) de los

¹⁰²LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1139).

¹⁰³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 1139 y s.s.)

bienes adjudicados por la entrega del fiduciario, posesión que dejará de ostentar el heredero. Esa posesión se adquirirá «*ipso iure*», por el solo hecho de la aceptación de la disposición del cónyuge fiduciario y se retrotraerá al momento de la muerte del causante, lo que puede chocar con alguna otra situación de situación de hecho, dando lugar a la concurrencia de posesiones. En tal caso, si se trata de posesiones en concepto distinto de dueño, no hay contradicción. Si se trata de posesiones en el mismo concepto y este concepto es el de dueño, el poseedor material estará adquiriendo por usucapión de buena o mala fe y se hará con el dominio, salvo que el descendiente adjudicatario del bien en cuestión utilice los mecanismos legales para recuperar la posesión material.

Esta disposición del artículo 831 CC relativa a la posesión debe relacionarse también con lo dispuesto en el artículo 442 CC, relativo a la adquisición de la posesión por título hereditario. Es evidente que el precepto se refiere a la sucesión en la posesión a título de heredero, pues como sostiene LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA¹⁰⁴, nos hallamos ante un supuesto de *successio possessionis*, que tiene lugar en la sucesión *mortis causa* a favor de quien sucede al poseedor a título universal. Sin embargo, en el caso del legatario se da una *accessio possessionis*, que si bien trae causa del causante, aparece como una nueva posesión, que puede ser unida a la del causante a efectos de usucapión como recoge el artículo 1960.1. ° CC.

En conclusión, la situación que recoge el 831, se refiere también a la de la sucesión en la posesión a título de legado, pues el adjudicatario de los bienes hereditarios, adquiere la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa, por el hecho de que sea legatario en vez de heredero.

Esto produce un efecto indirecto y derivado de las reglas de la usucapión; este es que la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe del causante, pues el que suceda en la posesión no sufrirá las consecuencias de ésta, siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de vicios que invalidaban el título o modo de adquirir.

12.- ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN. SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

El artículo 313 de la Compilación aragonesa decía que la administración y

¹⁰⁴ LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo...” (en nota anterior, pag. 1139 y s.s.)

disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria. Pero como el derecho aragonés concede al viudo o viuda el usufructo universal sobre los bienes del causante, salvo pacto en contrario, dispone aquel no sólo de los frutos sino también de la administración del patrimonio. Solamente le quedarían vedados los actos dispositivos sobre los bienes pendientes de entrega. La Ley de Sucesiones modificó este criterio y hoy en su artículo 449 del Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2001, de 22 de marzo, dice: *«Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá: 1º Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad. 2º Al fiduciario o fiduciarios. 3º En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios si el causante no hubiera designado un administrador»*. Y por lo que se refiere a las facultades de disposición, al artículo 452 señala que *«1.-El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender al pago de las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo 451, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad. 2.- La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación. 3.- El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados»*. También recoge normas en el artículo 454 relativas a las disposiciones habiendo legitimarios y sus autorizaciones o la de la junta de parientes en el caso de menores o incapacitados.

En Navarra, la Ley 287 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, establece en parecido sentido: *«Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o incapaz, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios»*.

Igualmente en Cataluña, el artículo 148 del Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/91, de 30 de diciembre) señalaba: *«Mientras no se defiera la herencia, quedará ésta bajo la curatela de la persona o de las personas que a tal efecto hubiera designado el testador, con las facultades y limitaciones que éste haya establecido y, en su defecto con las propias del curador a que se refiere el artículo 143.*

A falta de designación del testador, ejercerá la curatela el cónyuge sobreviviente, que tendrá la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados, así como para satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes y pagar las deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador.

Quedarán incorporados a la herencia los frutos y las ventas no consumidos en las expresadas atenciones».

Más actual, el artículo 424.4 del Código Civil de Cataluña, en su Libro IV, relativo a sucesiones, por Ley 10/2008, establece que *<< Administración de la herencia.-1. Mientras no se defiere la herencia, esta queda bajo la administración de la persona o personas que el testador ha designado a tal efecto, con las facultades y limitaciones que este ha establecido o, si no ha establecido ninguna, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente. La persona o personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos causados por el ejercicio del cargo. 2. Si el testador no ha designado a ninguna persona o la designación es ineficaz, la herencia debe ser administrada por el cónyuge o conviviente superviviente. El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia, y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia>>.* Y por lo que se refiere a la disposición, se recoge una regulación detalladísima (de los artículos 426-36 al 426-43 del Código Civil de Cataluña que por exceder de la materia que nos ocupa no nos extenderemos más.

En definitiva, en todas estas legislaciones forales, la regulación es bastante detallada y no son precisos otros comentarios.

CONCLUSIONES

1.- La delegación del artículo 831 CC se trata indudablemente de una fiducia sucesoria, lo que se manifiesta en las formas del ejercicio de la misma: amplio abanico de posibilidades tanto *inter vivos* como *mortis causa* (testamento del fiduciario), en una o varias veces, simultanea o sucesivamente y tanto a título gratuito (que será lo normal) como a título parcialmente oneroso (imponiendo ciertas obligaciones o cargas).

Pero en cualquier caso, la elección de cualquiera de las formas de ejercicio de la fiducia exigirá que se haga de forma clara e indubitada, de manera que no pueda haber duda sobre que la declaración emitida por el distribuidor se refiere a la herencia del premuerto y no a la suya.

2.- Cuando se realice en varios actos –que podrán ser simultáneos o sucesivos- puede ser con atribución de bienes concretos o de cuotas de los mismos o de la herencia, y en este último caso lo puede ser con asignación de cosa o incluso de cosas con delimitación de cuota. La distribución no tiene por qué ser completa o total.

3.- Cuando el ejercicio de la fiducia se realice *inter vivos*, si se utiliza una forma semejante a la de la donación, no será en puridad una auténtica donación, porque no se están transmitiendo bienes propios del donatario sino distribuyendo los que proceden de la herencia del testador. Por lo tanto se trata de de una distribución o adjudicación en pago de derechos a los que se accede por sucesión en la herencia del causante. Por tanto, esa distribución o adjudicación ha de hacerse con las formalidades necesarias para que quede constancia frente a coherederos y terceros y en su caso, para que pueda anotarse o inscribirse en los Registros correspondientes. Y en cualquier caso, si el fiduciario las hiciera sin respetar esas formas, el beneficiario o cualquiera de las partes interesadas (posibles adjudicatarios o los legitimarios) podrían exigirle y compeler a que las rellenase aquella forma y cumplierse en los términos de los artículos 1279 y 1280 CC, una vez se hubiese prestado el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez. En caso de negativa por el fiduciario, podrá exigírsele el otorgamiento por la autoridad judicial.

4.- La distribución y adjudicaciones *mortis causa*, esto es, en el testamento del fiduciario, solo podrá hacerse cuando el causante de la delegación haya facultado expresamente al delegado para hacerlo así. En otro caso, solo podrá hacerse en vida del fiduciario, quien se someterá a los plazos impuestos por el causante y en su defecto a

los legales señalados por el 831 CC.

5.- En el caso de ejercicio de la fiducia por testamento del fiduciario, solo será válida la realizada en el último testamento vigente del mismo.

6.- Se da una libertad amplísima al fiduciario para el cumplimiento de la fiducia como no haya sido restringida por la voluntad del testador. No solo podrá ejercitar la distribución por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, e incluso en una sola vez o varias, simultánea o sucesivamente, sino que también podrá cumplir con la entrega de bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar o incluso con bienes propios del cónyuge que ejercite las facultades.

7.- Una vez ejercitada la delegación, los efectos se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante.

8.- Las formas vehiculares para el ejercicio de la fiducia deberán ser las que exija la Ley, dependiendo de la naturaleza de los bienes que se distribuyan. Siendo bienes inmuebles, derechos reales u otros derechos personales, deberá ser en escritura pública, no solo porque pueda revestir la forma semejante a la de una donación, sino porque otras formas de transmisión –atribución en ejercicio de la fiducia, asignación en pago de derechos hereditarios, entrega de bienes en ejercicio de la delegación- requieren las formas exigidas por las leyes civiles -1279 y 1280 CC-. Tratándose de bienes muebles, bastaría la entrega, pero se hace conveniente a efectos probatorios y efectos ejecutivos, la escritura pública.

9.- La causa de atribución en ejercicio de la fiducia es importante, pero no es precisa la expresión determinante de la misma, porque caben mejoras tácitas hechas por el fiduciario en ejercicio de su encargo y no precisa decir expresamente que está mejorado. Basta que mencione el título del que trae causa para mejorar, que lo hace en su calidad de fiduciario en ejercicio del encargo y la procedencia de los bienes que se disponen.

La circunstancia de si mejoró o no y en la medida que lo hizo, se aprecia a la finalización de la ejecución de la fiducia, al computar todos los actos realizados en ejercicio de la fiducia y de las disposiciones de última voluntad del fiduciario.

10.-La administración de los bienes sometidos a la delegación, salvo disposición especial del testador, corresponderá al fiduciario; por lo que se hace conveniente compaginar la delegación con un legado de usufructo universal y vitalicio a favor del fiduciario, sobre los bienes de la herencia que se ha de distribuir.

El testador podrá incluir, si lo desea, la posibilidad de que su fiduciario goce de la

libre disposición de los bienes con cargo al tercio de libre disposición, pero sin agotarlo para no perjudicar la legítima.

Se hace indispensable, la formulación del inventario y valoración de los bienes.

11.- Al existir una delación pluripersonal y simultanea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad debido al llamamiento genérico, la herencia no es yacente pero se encuentra en una situación de pendencia hasta el momento en que se termine la ejecución de la fiducia.

12.- Para la disposición de los bienes sometidos a la fiducia sucesoria se observarán las reglas siguientes:

a)- Por el acuerdo unánime de todos los herederos y el fiduciario se podrá proceder a la disposición o enajenación de cualesquiera bienes concretos de la herencia. De existir un menor o incapacitado se precisará la autorización judicial.

b)- Por sí solo, el fiduciario únicamente puede disponer de los bienes sometidos a la fiducia, entre los hijos y descendientes comunes pero no a favor de terceros. Si hay legitimarios menores o incapacitados, o falta el consentimiento de todos los legitimarios, si son capaces, el fiduciario podrá solicitar la autorización judicial para la disposición a favor de terceros.

c)- El fiduciario podrá realizar disposiciones por sí solo a favor de terceros, cuando hubiere sido autorizado expresamente por el testador para los casos de necesidad (pérdida de bienes, evidente deterioro), utilidad (inversión en otros bienes más productivos). Faltando esa autorización expresa del testador, no podrá disponer de nada por sí solo, aún grave riesgo de conservación del patrimonio, pues su función es exclusivamente la de administrar.

13.- Contra las actuaciones del fiduciario en perjuicio de los derechos de los legitimarios, cabe la acción de rescisión de la partición recogida en los artículos 1073 y siguientes del Código Civil.

14.- Respecto a la cuestión de si puede el cónyuge fiduciario liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales, hay que responder negativamente. En primer lugar porque en caso de existir menores o incapacitados habría que exigir las representaciones pertinentes y en su caso las autorizaciones judiciales correspondientes y especialmente las que procedan para el caso de colisión de intereses con el fiduciario. Ciertamente se solucionaría con la designación de un contador partidor con facultad para liquidar la sociedad conyugal junto con el viudo/a. En segundo lugar, porque dejaría a los hijos prácticamente inermes, y esa liquidación afecta a los hijos comunes y a los no

comunes, por lo que hecha de forma unilateral no podría ser oponible a los hijos ni a los acreedores. En consecuencia se precisa de la intervención de los herederos.

No obstante, en aras del mantenimiento del contenido de la fiducia, creemos que debe buscarse un sistema que permita la liquidación unilateral de la sociedad conyugal por el fiduciario, porque en otro caso, las facultades del cónyuge estarán muy mermadas, como no sea esperar al ejercicio de la fiducia en su último testamento, si así lo autorizó el testador. Esta posibilidad de realizar en el último testamento del fiduciario, la partición y liquidación unilateral simultánea, está comprendida expresamente en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 831 CC.

En consecuencia, no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto. Pero el fiduciario tiene ciertas atribuciones a favor de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, consistentes en, por sí solo, ordenar que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto y por lo tanto se realice una especie de liquidación parcial respecto de los gananciales. Pero en caso de existir hijos no comunes, no cabrá tal liquidación parcial puesto que no se habrá podido calcular su legítima.

15.- Al cónyuge supérstite se le atribuirán bienes de la sociedad conyugal extinta (comunidad post ganancial) por la mitad del valor de esta; por lo que puede utilizar este valor para mejorar y atribuir a sus hijos con determinados bienes, si bien en aras de la buena fe, no podrá utilizar la facultad conferida en su propio beneficio y deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes pero con algunos límites: respeto de las preferencias establecidas en el artículo 1406 CC (que son a su favor) y no podrá disponer del metálico existente hasta que sean pagados los acreedores (1400 CC).

16.- Es posible el pago de las legítimas y demás disposiciones del causante con cargo a los bienes del fiduciario, si bien ese pago, quedará limitado a la hipótesis del ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte de ese fiduciario, ya que si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos en ejercicio de esas facultades estarán sometidas a posibles acciones de inoficiosidad; esto es, que por el transcurso del tiempo, al abrirse la sucesión del fiduciario, hubiese variado su patrimonio de forma que esas adjudicaciones que lo fueron en concepto de mejora se conviertan en inoficiosas por perjudicar la legítima de otros hijos o descendientes.

17.- Los legitimarios no tienen por qué recibir su legítima a título de herencia. Puede ser a título de heredero o de legatario o incluso su legítima puede haber sido cubierta

con una donación en vida del testador. Cabe cualquier atribución patrimonial con tal de que quede satisfecha su legítima.

Al fiduciario corresponderá efectuar el pago de las legítimas y asignar las cuotas de los hijos y descendientes, debiendo por lo tanto hacer las imputaciones con la previa computación de donaciones y legados realizados por el causante con las atribuciones realizadas por el mismo fiduciario.

18.- El fiduciario es especial garante de la voluntad del testador, y en su función de mejorar y distribuir, velará por el cumplimiento y aplicación de las exenciones de la colación que se recogen en el artículo 1041 CC, en particular las señaladas en su párrafo segundo respecto de incapacitados y discapacitados.

19.- La entrega de la posesión que hace el fiduciario en virtud del último párrafo del apartado 1 del artículo 831 CC, se refiere tanto a la transmisión de la posesión a título de herencia como a la de legado; tiene su particularidad en lo que se refiere al legatario, porque como adjudicatario de los bienes hereditarios, aunque sea por título de legado, obtiene la posesión civilísima al igual que si se tratase a estos efectos de un heredero.

En este sentido, obtiene la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa por el hecho de que sea legatario en vez de heredero. Por lo tanto se produce un efecto indirecto derivado de las reglas de la usucapión: la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe –en su caso- del causante, pues quien suceda en la posesión, no sufrirá las consecuencias de esta siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de los vicios que invalidaban el título o modo de adquirir.

CAPITULO DÉCIMOTERCERO (XIII) I. LA EXTINCIÓN Y SUS FORMAS.

1.-EL PLAZO PARA EJECUTAR LA FIDUCIA.

1.1- EL PLAZO, SU EVOLUCION HISTORICA EN LAS SUCESIVAS REDACCIONES DEL ART. 831 Y SU IMPORTANCIA E INFLUENCIA EN LA EFICACIA DE LA FIDUCIA.

En la primera redacción del precepto de 1889 no se señalaba plazo, y la doctrina discutía sobre la aplicación analógica de los del albaceazgo. Este primitivo artículo 831 CC no contenía, en efecto, referencia alguna al tiempo dentro del cual el cónyuge viudo podía actuar la delegación. No obstante el silencio de la citada norma, la doctrina (CLEMENTE DE DIEGO¹) se interrogaba sobre el particular, defendiendo en general la necesidad de entender sometido a un plazo el ejercicio de las facultades delegadas; entre otras razones, se argumentaba que la prolongación indefinida del poder distributivo significaba un gravamen para la legítima (DÍAZ FUENTES²). La reforma de 13 de mayo de 1981, acabó con las distintas teorías para marcar un plazo que para ALPAÑES³ era insuficiente. (“no debe acortarse tanto el plazo que impida conocer y ponderar las cualidades de los posibles beneficiarios”).

En esa redacción de 1981, el párrafo segundo del mismo artículo contenía una previsión relativa al tiempo de que disponía el fiduciario para actuar la delegación, disponiéndose que *<<si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes>>*.

De este modo, se sometió a término el ejercicio por el cónyuge supérstite de las facultades delegadas, pero sin desconocer la posibilidad de que el fiduciante estableciese un plazo —plazo voluntario—, que resultaba preferido, y sólo en su

¹ DE DIEGO GUTIERREZ, F.C. “Instituciones de Derecho civil español”. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid, Gráficas San Martín 1959. Tomo III. (pag. 253, 254 y 255).

² DÍAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII-3. Año 1965 (Pág. 141 a 173). “Sobre el artículo 831 del Código civil” p. 905.

³ ALPAÑES, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 194. Año 1953. (Pág. 273 y s.s.).

defecto entraba en juego el que la ley establecía. Así pues, por la consagración de un plazo legal, por su mismo carácter, se hacía conveniente el señalamiento de uno voluntario, para evitar la aplicación del legal que era exiguo.

Los plazos —tanto legal como voluntario, en su caso— representaban el lapso de tiempo en que la delegación podía ser ejercitada eficazmente por el viudo o viuda; transcurrido aquél, cesaba esta posibilidad, quedando la fiducia definitivamente extinguida.

Entiende HERRADA ROMERO⁴ que la norma expresada en el primitivo artículo 831 CC, es “trasunto fiel del artículo 663 del Proyecto isabelino”, y que como tal recoge el sometimiento a los plazos para el ejercicio de la delegación. Al igual que en las legislaciones forales, no es la facultad algo que queda sin limite en el tiempo, por muy largo que sea el plazo, hay uno inevitable, que es la duración de la vida del delegado. No en vano la institución proviene de las reminiscencias forales del Código Civil. (GARCÍA GOYENA⁵). El plazo proviene también de la admisión de tal norma excepcional, tanto en el Proyecto de 1851 como en el propio Código civil. Por lo tanto está justificado el límite del mismo. Parece también estar justificada así, como expresa CLEMENTE DE DIEGO⁶ en aras de la semejanza con las legislaciones forales.

Sin embargo, a pesar de todas estas prevenciones, tuvo el artículo 831 CC muy escasa aplicación, debido probablemente a que las capitulaciones matrimoniales sólo podían otorgarse y alterarse, en su caso, antes de la celebración del matrimonio, como ya expusimos en capítulos anteriores, razón por la cual la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, permitiendo capitular constante matrimonio, sin modificarlo, dio un indudable impulso a aquel precepto.

Posteriormente, tras la promulgación de la Constitución Española, la reforma del

⁴HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia 2004. (Pág. 2484).

⁵GARCIA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”. Zaragoza 1974. (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852-Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza) (Pág. 357 y s.s.).

⁶DE DIEGO GUTIERREZ, F. C. “Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo”. (Discurso pronunciado por el autor). Madrid, editorial Reus 1926. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Volumen LXXVI. Menciona este autor «por el deseo de aproximar la legislación común a las forales». (pag 240).

artículo 831 CC, pese a no guardar relación directa con los fines que perseguía, se produjo con ocasión de la muy amplia llevada a cabo en materia de Derecho de familia por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Constituyeron novedades fundamentales del precepto reformado, en especial la adición del párrafo segundo conteniendo previsión sobre el plazo⁷, la posibilidad de ordenar la fiducia por tan solo uno de los cónyuges unilateralmente en testamento —y no ya sólo por acuerdo de ambos cónyuges en capitulaciones matrimoniales— y la supresión del requisito de fallecer intestado el cónyuge otorgante.

Recoge HERRADA ROMERO⁸ que la posible conveniencia de someter a un plazo el ejercicio de la delegación *ex* artículo 831 CC, más bien, parecía relacionada con la circunstancia de que, abierta la sucesión del fiduciante y hasta que el supérstite ejercitase las facultades delegadas, se producía un excepcional estado de interinidad en el que estaban indeterminadas las cuotas, lo que producía una situación imperfecta de comunidad, que obstaculizaba el comercio jurídico y dificultaba la administración de la cosa común; para ALPAÑES⁹, se basa en la indeterminación de las cuotas de los herederos, que no puede perpetuarse. En definitiva, fallecido el ordenante y mientras el fiduciario no designase sucesores, se producía una especie de herencia yacente en la que se conoce quienes serán los llamados pero no en que proporciones. (LACRUZ BERDEJO¹⁰). Otra cosa es que la administración de la herencia discurriese por los cauces de la comunidad hereditaria (HERRADA ROMERO¹¹).

También pesaba la influencia de algunas normas forales en la aplicación del plazo de ejecución de la fiducia sucesoria; así pues, en la tradición jurídica aragonesa, el derogado artículo 113 de la Compilación de 1967, pendiente la ejecución de la fiducia,

⁷Rezaba el párrafo segundo del 831 CC anterior a la reforma del año 2003: “*Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*”.

⁸HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo *ex* artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2485.).

⁹ALPAÑES, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Sostiene este autor que «la titularidad de la herencia está en una situación confusa, con indeterminación de cuotas». (Op. Cit. pag 321).

¹⁰LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil-V”. Barcelona 1988. Reimpresa en 1990. Dice esta autor que «especial situación de yacencia hereditaria que alcanza, en cierto modo, a los llamamientos: se sabe quiénes van a ser los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán» (Pág. 381 y s.s.).

¹¹HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo *ex* artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2486).

establecía que *la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regiría por las normas de la comunidad hereditaria*; pero es que la normativa foral influía también tras la reforma de 1981, porque en sede de fiducia sucesoria, en su Título IV, la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, de 24 de febrero de 1999, dispone que “*a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción, añadiendo que mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente*” (art. 133), cuya “*administración y representación*” se regirá por las normas que la propia Ley consagra (arts. 134 y ss.). Lo que era un anticipo de lo que sería la futura reforma que del precepto se hizo en el año 2003.

La doctrina tampoco se resignó e hizo interpretaciones por analogía. Por ejemplo, una opinión muy difundida sostuvo la posibilidad de aplicación analógica, en defecto de previsión del delegante, del plazo que el Código civil concede a los albaceas para el cumplimiento de su encargo, en términos parecidos a los que se recogen en los artículos 904 a 906 del Código Civil. Tal era el parecer de SÁNCHEZ ROMÁN¹² y MANRESA¹³ que consideraban igualmente que, siendo el cónyuge viudo «una especie de contador especial, nombrado por el causante para verificar la partición», «todo el tiempo que pueda concedérsele a un contador, podrá ser utilizado por el cónyuge». Y en el mismo sentido se pronunciaron VALVERDE VALVERDE¹⁴ y posteriormente SECO CARO¹⁵. En el mismo sentido, el criterio doctrinal unánime, sustentado también por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y Notariado, era que resultaban aplicables al contador-partidor las normas sobre plazo establecidas para los albaceas (ALBALADEJO Y DIAZ ALABART¹⁶). Pero, el fiduciario del artículo 831 CC no es un contador-partidor, como señala LACRUZ BERDEJO¹⁷ y expusimos en capítulos anteriores; es más que un contador-partidor, ya que, al fijar las cuotas en que

¹²SANCHEZ ROMÁN, F. “Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y los cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla”. “El Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Edición del Estudio Tipográfico. “Sucesiones Ribadeneira”. Tomos IV Y VI. Madrid 1910. (pag 1222).

¹³MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil Español”. Madrid. Reedición de 1951. Comentarios al Código civil español, tomo VI, sexta ed., Madrid, 1932, pp. 450 y 451.

¹⁴VALVERDE VALVERDE, C. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo V. Valladolid (Pág. 285).

¹⁵SECO CARO, E. “Partición y mejoras encomendadas al cónyuge viudo”. Estudios sobre el artículo 831 del C. C. Español. Barcelona 1960. (Pág. 208 y S.S. en especial 219).

¹⁶ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. “Artículo 1057, párrafo 1º” “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por M. Albaladejo. Tomo XIV. Vol.2º Madrid 1989 (Pág. 274).

¹⁷LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil-V”. (Op. Cit. Pág. 382).

suceden los legitimarios, ocupa el lugar del propio disponente y, así, la partición hecha por él debe considerarse igual a la partición hecha por el testador conforme al artículo 1056 —sometida por ello a sus reglas, incluida la del artículo 1075— y no como una partición del artículo 1057 CC.

No parece, desde este punto de vista, que el artículo 831 CC haga excepción al artículo 1057, por cuanto autorice a hacer la partición a uno de los coherederos. Con todo, las razones aducidas no han impedido la defensa de la aplicación al cónyuge viudo de las normas sobre plazo del albaceazgo. Así, DIAZ FUENTES¹⁸ advierte que «la adopción de este parecer no está ligado a la atribución de facultades particionales al viudo».

En frente, la otra parte de la doctrina, que al contrario, no encontraba justificada la referida aplicación al fiduciario de los plazos del albaceazgo. Así, GARRIDO DE PALMA¹⁹, invocando, entre otros argumentos, los precedentes forales del precepto y su misma *ratio*, también de aporte foral que añaden un criterio flexible y aunque el texto del precepto guardaba silencio, lo hacía de una forma expresiva, ya que era insuficiente el plazo de un año, aun cuando tuviese prórroga. En el mismo sentido, ALPAÑÉS²⁰ y SANS URANGA²¹ negaron que pudiera apreciarse la «identidad de razón» que hubiese autorizado la aplicación analógica de las normas sobre plazo concedido a los albaceas para dar cumplimiento a la voluntad del testador a la delegación sucesoria, señalando además el último de los autores citados la conveniencia de una interpretación «benigna y permisiva», a falta de previsión del fiduciante sobre el plazo.

A juicio de HERRADA ROMERO²², debe situarse la entronización del párrafo segundo del artículo 831 CC, “acaso estimable desde el punto de vista de la seguridad

¹⁸DIAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. (Op. Cit. Pág. 141 a 173). “Sobre el artículo 831 del Código civil” (Op. Cit. pags. 906 y 907).

¹⁹GARRIDO DE PALMA, V.M. “Visión notarial del artículo 831 del Código civil”, en Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre, III, 1976. Dijo este autor que : «que abonan la necesidad de un criterio flexible»; señalaba además que «literalmente el precepto calla, pero su silencio es expresivo: puede distribuir y mejorar a su prudente arbitrio», y expresaba, en fin, sus dudas sobre la suficiencia del «plazo del año, aún con prórroga». (pags.. 383 y ss). “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil” “El Notario ante el artículo 831 del C.C.” “El Notario ante el artículo 831 del CC.” Anuario de Derecho Foral. Separata. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1976-1977 (Pág. 384).

²⁰ALPAÑÉS, E. “La delegación de la facultad de mejorar”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 194. Año 1953. (Págs. 322 y 323.).

²¹SANS URANGA, F. “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial Enero-Marzo de 1976. (Pág. 379 a 394) (especialmente pág. 388, 389 y 390)

²²HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2487 y 2488).

jurídica”, en el ámbito de la restricción de las facultades del fiduciario. Se somete necesariamente a un plazo lo que antes no resultaba limitado por este concepto. Pudiéndose entender, en consecuencia, que el ejercicio de las facultades delegadas no estaba sujeto a término, salvo que lo hubiese dispuesto el causante. Por lo tanto, el señalamiento de un plazo legal implica restricción.

El plazo legal que se preveía, comportaba asimismo en buena medida la desvinculación de la norma contenida en el artículo 831 CC de aquellas razones que justificaron su inclusión en el Código civil. A juicio de MERINO HERNANDEZ²³, lo exiguo del plazo de un año echaba por tierra una de las finalidades más importantes de la fiducia sucesoria en los antiguos territorios forales, a saber, el robustecimiento de la posición del cónyuge viudo en la familia, especialmente frente a los hijos. Por lo que con la reforma de 2003, las aguas volvieron a su cauce con el fortalecimiento de la figura de la fiducia sucesoria. Pero es que, además, el plazo que en el texto de 1981 se establecía, no permitía al fiduciario hacer una elección suficientemente fundada entre los «hijos comunes» a que el precepto aludía.

1.2- LA REDACCIÓN ACTUAL POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCION PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La reforma del año 2.003 ha dado una nueva concepción al plazo; ha hecho una ampliación de su duración y además ha ordenado una liberalización del mismo. Establece el inciso final del párrafo tercero del apartado primero: *«... Si no se le hubiese conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento ó no se le hubiese señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión ó en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».*

Así pues, como primera opción se marca la voluntad del causante, que es ley de la sucesión y éste tiene libertad para hacer lo que marque su voluntad; la permisión del ejercicio de la fiducia mediante actos de última voluntad unido a la posibilidad de hacerlo de una forma sucesiva y fraccionada en uno o varios actos, ha facilitado que la

²³MERINO HERNANDEZ, J. L. “La fiducia sucesoria en Aragón”. Colección El Justicia de Aragón 1994 (Pág. 13).

práctica habilite que el plazo señalado en el testamento pueda ser el de la vida del fiduciario, sin límite.

En segundo lugar, se ha ampliado el plazo supletorio y legal, que se ha alargado a dos años desde la apertura de la sucesión ó emancipación del último de los hijos comunes; este criterio, aunque por plazo inferior, ya se adoptó en la reforma de 1.981; y el punto de inicio desde la emancipación, es reflejo del interés del legislador por la protección del menor. Lo que a nuestro juicio, es un plazo insuficiente, como veremos.

LACRUZ BERDEJO²⁴ había apuntado anteriormente que el 831 CC suponía un gravamen para la legítima, y no obstante, el legislador había optado por hacer prevalecer otros intereses sobre el de la intangibilidad, porque en la norma de 2003, lo que prima es el interés por la familia o en el de sus miembros más desfavorecidos. En definitiva, se supone que los cónyuges han de actuar siempre en interés de la familia (GARRIDO DE PALMA²⁵), y esto más aún cuando se haga uso de facultades como las del 831 y del 1056.2 del C. c. (RUEDA ESTEBAN²⁶). En esa línea, como no podía ser menos, la Ley del 2.003 optó también por un largo plazo y libertad absoluta de su establecimiento por el testador, para mejor protección del patrimonio del discapacitado al que se quiera mejorar, de manera que el cónyuge supérstite pondere sus necesidades; en el caso de ser utilizado el 831 CC para la transmisión de la empresa familiar, lo que se pretende ponderar son las cualidades y aptitudes del adjudicatario ó continuador colaborador en esa empresa.

También ayuda en el establecimiento de ese plazo, el espíritu de la norma, de facilitar una ordenada distribución del patrimonio de los cónyuges, con la menor pérdida posible para el negocio familiar.

En conclusión y ante esta evolución, se cumplieron los vaticinios que había hecho VALLET DE GOYTISOLO²⁷ en la materia, con las siguientes reglas:

²⁴LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil-V”. Dice este autor que a la norma “... le importa más el interés de la familia y por eso sigue en pie el precepto y habrá que armonizarlo con el resto del articulado familiar y sucesorio legal” (Op. Cit. Pág. 384).

²⁵GARRIDO DE PALMA, V. M. “Vision notarialo...” En obra de homenaje a Ramón María Roca Sastre... (Op. Cit. Nota anterior, pag. 384).

²⁶RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado 2005) N° 279 (Pág. 972). . “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (página 191 y 192).

²⁷VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI, 2ª Edición. Madrid 1982 (Pág. 425).

1º El causante podrá fijar en testamento el plazo que desee, y que será forzoso para los herederos y voluntario para el facultado, que puede agotarlo a su voluntad.

2º Si no se ha fijado plazo, se aplicará como supletorio el señalado por el artículo 831 CC (dos años desde la apertura de la sucesión ó en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes).

3º En caso de haber ordenado en testamento el causante, que continúe la comunidad en su herencia en los términos del artículo 1051.2º CC, se podrá tener éste por plazo impuesto por el testador (puesto que resulta de su voluntad).

4º De la misma forma, si el causante de conformidad con el artículo 820 CC n º 3 ha designado a su cónyuge como usufructuario universal, éste podrá ejercitar su facultad durante el tiempo que dure el usufructo, ó sea su vida.

5º Por último, cabe otra forma de plazo tácito, que es autorizando al cónyuge superviviente a ejercer su facultad exclusivamente mediante actos *mortis causa*, en cuyo caso tendrá toda su vida para realizar la comisión en el último testamento.

Sólo queda la duda de cuándo pueden reclamar los legitimarios su legítima estricta, y del tiempo de la valoración de éstas en el caso de que aceptemos su pago diferido en el tiempo. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO²⁸, GARRIDO DE PALMA²⁹... y la mayor parte de la doctrina, no podría ser reclamada ésta sino cuando hubiese transcurrido el plazo señalado expresa ó tácitamente, ó en su defecto el supletorio marcado por el artículo 831 CC; bien es cierto que a favor de los minoritarios está la circunstancia de la situación injusta que se puede producir cuando el plazo, conforme todas las posibilidades que hemos visto, se alarga de manera exagerada; no obstante, si tenemos en cuenta el espíritu actual de la norma y las finalidades de protección del patrimonio del discapacitado y de transmisión de la empresa familiar, parece que esto es lo que pretendió el legislador y es lo más conveniente para la organización ordenada de la sucesión en el patrimonio familiar y distribución de los bienes de ambos cónyuges.

En definitiva, esta libertad es la que inculcan las legislaciones forales, que informan la redacción del 831 CC, pero que incardinado en un sistema como el de derecho común, produce notables desajustes; es la consecuencia de intentar integrar instituciones forales en el ámbito de derecho civil común.

²⁸VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (Op. Cit. en nota anterior, pag 426).

²⁹GARRIDO DE PALMA, V. M. "Visión notarial..." (Op. Cit. ota anterior, pags 384 y 387).

A juicio de ROMERO-GIRON DELEITO³⁰, el artículo 831 CC fija, por defecto, un plazo, ciertamente breve, de dos años. Pero no impone limitación alguna al señalamiento de plazo expreso, por lo que debe admitirse un plazo extenso e incluso vitalicio, máxime si se tiene en cuenta que se puede encomendar al cónyuge viudo que ejecute la distribución de los bienes en su propio testamento. Esta conclusión podría no ser segura, pues como apunta este autor, la primera finalidad del precepto parece ser la distribución de los bienes en un plazo cierto, en beneficio de los descendientes y en función de circunstancias especiales, singularmente en los supuestos de discapacidad, mientras que lo que estamos buscando es la indivisión de los bienes, en beneficio del cónyuge viudo y durante toda la vida de éste. Es decir, podría alegarse que se intenta utilizar el artículo 831 CC para conseguir una finalidad diferente a la buscada por el precepto legal. No hay que olvidar que el art 831 CC no es un precepto que se ocupe en particular de los discapacitados, sino un precepto general, aun cuando figure reformado por una Ley que se ocupa especialmente de esos discapacitados. Por lo tanto, si bien puede buscar determinadas finalidades, lo cierto es que tal y como se ha querido regular supone dejar un mucho mayor ámbito de autonomía de la voluntad al testador fiduciario, y en consecuencia, también mayores facultades que las ordinarias. Así pues, no hay más límites a esto, que los que específicamente marca la ley. Del resto de los fines que se pretendan con la delegación y como la ejerce el delegado es una cuestión suya. Por tanto, lo mismo será que vaya en beneficio del supérstite, que del negocio familiar, o de algún discapacitado. De haber querido otra cosa el legislador lo podría haber hecho y lo mencionaría el precepto. Otra cosa distinta es que no se puede olvidar que se está hablando de hijos comunes, y que en la generalidad de los casos, los padres se preocupan especialmente por ellos, y si benefician mas a unos que a otros, ello suele tener fundadas razones, pero el 831 CC no trata de controlar esto, sino que deja un amplio margen de libertad para que los progenitores puedan hacerlo.

En definitiva, al tiempo del otorgamiento del testamento, puede no existir discapacidad u otra causa que justifique dilatar la partición, y no obstante, el testador quiera establecer la institución en previsión de que concurra en el futuro. Es algo tan

³⁰ROMERO-GIRON DELEITO, J. "El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica". Septiembre 2005. En "Notarios y Registradores". 2005. En Revista Jurídica del Notariado número de Enero-Marzo 2006. (Pág. 222 y 223).

simple como las diferencias entre los hijos (de fortuna, de comportamiento, o incluso respecto a las circunstancias de los hijos de éstos, así por ejemplo, hijo progenitor de nieto con grave discapacidad y se quiera ayudar al padre para que pueda cuidar mejor de ese hijo, etc.....), que solo pueden calibrarse en un futuro, manteniéndose mientras tanto el patrimonio en administración del cónyuge viudo, que efectuará la distribución en función de tales circunstancias. En definitiva, la *ratio legis* del precepto no debe ser causa de rechazo, *a priori*, de la utilización de la fiducia sucesoria, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes al tiempo del otorgamiento del testamento.

1.3.-SUPUESTOS DE PLAZO Y SU APLICACIÓN.

Veamos el mecanismo de funcionamiento. Tendremos que distinguir entre que el testador haya o no señalado plazo

1.- Si el testador señaló plazo. El testador es completamente libre para señalar el periodo de tiempo corto o largo, que estime conveniente para el ejercicio de la facultad. Así, podrá establecerse, tanto un plazo incluso más corto de los dos años como que el cónyuge superviviente incluso por actos *mortis causa*, ejercite su facultad en su propio testamento, conjuntamente con sus propios bienes y los del fiduciante. Ahora bien, en este caso las disposiciones del superviviente realizadas *mortis causa* serán revocables. Incluso aún ejercida la facultad dentro de plazo, queda diferida su efectividad a la muerte del cónyuge autorizado, para conjugarlo con su propio testamento, funcionando hasta entonces la comunidad hereditaria, al servicio de los fines familiares que determinaron la concesión de las facultades. Por ejemplo, mantener indivisa la explotación familiar.

En otros casos, el cónyuge fiduciario tendrá el que le haya asignado el testador, plazo que puede ser incluso por toda la vida del supérstite en el caso de que le autorice a hacerlo expresamente durante su vida. Pero cabe también hacerlo de forma presunta con la autorización a ejercer la fiducia mediante actos de última voluntad del fiduciario, con lo que hasta el momento de su fallecimiento no se conocerá cuáles son esos. Esto, a menos que por actos *inter vivos* se hubiesen agotado la totalidad de los bienes sometidos a la delegación de distribuir. En este caso, habría quedado extinguida por agotamiento del encargo mediante actos no revocables. Otra cosa es que se hubiese hecho esa ejecución mediante actos de última voluntad, que son esencialmente revocables y hasta

el fallecimiento del fiduciario no se puede conocer cuál sea el resultado de esa distribución.

2.- Si el testador no señaló de forma expresa un plazo, pero atribuyó al supérstite la facultad de usar la fiducia en su propio testamento, el plazo se entiende que es por toda la vida del cónyuge fiduciario. Se pregunta SEDA HERMOSIN³¹ que ocurre en el caso contrario, esto es, que se señale como plazo toda la vida del fiduciario, sin prohibirle expresamente el uso de su testamento como medio para poner en práctica la fiducia. La interpretación es que equivale a atribuirle la posibilidad de usar su propio testamento para instrumentar esta facultad. En contra de esta interpretación milita el que la ley contemple el testamento como medio excepcional de ejecución por el fiduciario, por lo que debería excluirse la interpretación extensiva. Con SEDA HERMOSIN³², entiendo que es válida esa admisión, es decir, por equiparar señalamiento de plazo por toda la vida del fiduciario y posibilidad de instrumentar esta facultad en su propio testamento. Y ello, en aplicación del principio del <<*favor negoti*>> puesto que “si puedo ejercitar la facultad fiduciaria durante toda mi vida, permítaseme que esboce el ejercicio de esta facultad en mi propio testamento, por si me sorprende la muerte con el proyecto esbozado pero no ejecutado”. Esto es conforme con las conclusiones que sacó en su día VALLET DE GOYTISOLO³³, como ya hemos expuesto.

Caben también otras formas tácitas de plazo. Por ejemplo, que el causante ordene que se mantenga indivisa la comunidad hereditaria durante el plazo del artículo 1051 CCF, esto es que ordene que continúe esa comunidad en la herencia salvo que la disuelva el fiduciario; esto equivaldría a un plazo por ese tiempo. También que se haya designado al fiduciario, en este caso cónyuge, como usufructuario universal, en cuyo caso, este podrá ejercer su facultad durante su vida. Esto también es un señalamiento indirecto de plazo. Lo veremos más adelante con detenimiento.,

3.- Si el testador no señaló plazo ni la atribución de realizar la ejecución en el propio testamento del fiduciario, el párrafo tercero del actual artículo 831 CC dice: «*Si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se hubiese señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la*

³¹SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES. (Pág. 277).

³²SEDA HERMOSIN, M.A. “Facultad de la fiducia...” (Op. Cit. en nota anterior, pag 278).

³³VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Artículo 831” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Op. Cit. Pág. 426 y 427).

sucesión o, en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes.» por lo que tendrá el cónyuge fiduciario el plazo de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del menor de los hijos comunes.

Así pues, el plazo señalado subsidiariamente por la Ley que es distinto según existan o no hijos comunes no emancipados. No obstante, también nos planteamos si el 831 CC, cuando habla de emancipación se refiere a esa situación sin que importe como se ha producido, o bien se refiere a la emancipación por haber llegado a la mayoría de edad. Y en esta tesitura, si se considera emancipado en este sentido al menor de vida independiente. Nosotros entendemos que abarca todos los casos de emancipación, incluso los de vida independiente, pues a esas emancipaciones, no se llega solo por el consentimiento del concedente sino también junto con el del emancipado. Supone por lo tanto un acuerdo de ambos y dos voluntades que concurren. Para el caso de haberlos, la Ley parte de la idea de que el cónyuge facultado, con arreglo a la presumible intención del concedente de la facultad, no debe ser obligado a elegir mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar las cualidades, aptitudes y necesidades de los hijos.

MIQUEL GONZALEZ³⁴, sobre el plazo del artículo 831 CC en su redacción de 1981, entiende que el señalamiento de un plazo supletorio en defecto del fijado por el testador, le parece en alguna medida, perturbador y, en otra, inútil. Hizo una crítica de la finalidad del antiguo precepto, que con la redacción actual, fortalece la condición de fiduciario que tiene el delegado. Respecto de su inutilidad, consideraba que el plazo era inoperante respecto de las legítimas, porque el testador no podía someter a plazo el pago de esas legítimas. Respecto de los otros dos tercios, sobre los que puede actuar el cónyuge viudo, no se ve por qué razón el testador, que quizás no haya querido someter al viudo a ningún plazo, tenga que decirlo expresamente. De modo que actualmente, la reforma de 2003, queriendo ampliar las facultades del cónyuge viudo, las ha restringido, al señalar un plazo que antes no tenía

Considera LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA³⁵ que la frase «si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento» no se entiende. Desde luego, «su propio testamento» no puede ser el testamento del cónyuge facultado para atribuir

³⁴MIQUEL GONZALEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de familia”. Volumen II- Madrid 1984 (Pág. 1311 y 1312).

³⁵LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, Julio-Septiembre de 2005. B.O.E, Madrid 2006 (Pág. 1150).

y distribuir, porque no se puede conceder a sí mismo facultades para disponer sobre los bienes del otro cónyuge. En consecuencia, el testamento debe ser el del otro cónyuge. Y, si el otro cónyuge no le hubiera conferido la facultad en «su propio testamento», el sobreviviente no está facultado para atribuir y distribuir los bienes de la herencia del cónyuge difunto. Así que la frase misteriosa solamente puede significar que el cónyuge fiduciante estableció un plazo en el testamento en el que concedió la facultad. No creemos que esto sea así porque el legislador ha querido que se conceda la posibilidad de ejercitar la fiducia durante la vida del fiduciario incluso por testamento, y por lo tanto el plazo es por esa vida.

2.- INICIO Y COMPUTO DEL PLAZO.

Señala HERRADA ROMERO³⁶, que el plazo representa el lapso de tiempo en que la delegación puede ser actuada efectivamente por el viudo o viuda; transcurrido aquel, cesa esta posibilidad, quedando la fiducia extinguida. Para la fijación de este lapso de tiempo, lógicamente, hay que establecer su inicio y su finalización. Respecto del inicio, tanto en la redacción de 1981, como en la actual de 2003, se habla de la apertura de la sucesión, o en su caso, de la emancipación del último de los hijos comunes. Pero esto no creemos que pueda interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de existencia de hijos no emancipados, el nombrado fiduciario no puede actuar hasta la emancipación del último de ellos. Es evidente, con HERRADA ROMERO³⁷, que si consideramos que el plazo, es el tiempo en que la delegación puede ser actuada eficazmente, éste empieza en el momento de la apertura de la sucesión, sea cual sea la edad y situación de los hijos y que desde ese momento puede el fiduciario llevar a cabo alguno de los actos tendentes a cumplir con su encargo, aunque pueda reservar para un momento posterior otras actuaciones. Es posible que en ese momento no todos los hijos estén emancipados, pero eso no significa que la actuación del fiduciario no sea eficaz. Para lo que hay que tener en cuenta el momento de la emancipación del último de los hijos es precisamente para calcular el momento en que empieza a contar el plazo concedido al fiduciario o en su defecto el plazo legal. En otras palabras, para determinar la finalización del plazo, se verá el momento en que

³⁶HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2488).

³⁷HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones sobre.....” (en nota anterior, pag 2488).

las actuaciones del fiduciario dejarían de ser eficaces. No hay que confundir el plazo concedido, o en su defecto el plazo legal, con el plazo de eficacia, pues si, por ejemplo, no se le concede plazo al fiduciario y debemos aplicar el plazo legal, el plazo concedido habrá que considerar que es de dos años, pero el plazo de eficacia de la fiducia será de dos años más los años que transcurran desde la muerte del concedente hasta el momento de la emancipación del último de los hijos comunes.

Para SIERRA PEREZ³⁸, queda claro que el plazo al que hace referencia la norma no se corresponde, o no tiene por qué corresponderse, con el plazo en que las actuaciones del fiduciario resultan eficaces. El primero sirve para calcular el momento en que se agota el segundo, pero en este cálculo hay que introducir también el momento de la emancipación del último de los hijos y contar a partir de él el plazo concedido. Creemos que si el hijo no llega a emanciparse porque se le incapacita antes de la mayoría de edad, será desde el momento en que cumpla los dieciocho años cuando se inicie el cómputo del plazo para ejercitar la fiducia. Que el fiduciario puede actuar, en cualquier caso, desde la apertura de la sucesión del fiduciante queda más claro, si cabe, con la redacción actual del artículo 831 CC, ya que en ella se contempla la posibilidad de que el plazo sea concedido de por vida. Al no fijarse un plazo para la actuación del fiduciario queda claro que no se tiene en cuenta la edad de los hijos y que sus actuaciones son eficaces en cualquier momento tras la muerte del fiduciante. Por tanto el momento de la emancipación del último de los hijos se tiene en cuenta para calcular la finalización del período de eficacia pero no para marcar su comienzo.

Admite SAPENA TOMAS³⁹, que exista la posibilidad de que el día inicial para el ejercicio de la fiducia no sea el de la muerte del fiduciante porque éste lo haya demorado a una fecha posterior. En este caso, las actuaciones del fiduciario carecerán de efecto hasta que comience éste plazo. En el mismo sentido se manifiesta VÁZQUEZ VIOQUE⁴⁰. Así pues, creemos que se podría establecer un plazo sometido a condición de que si no se cumple da lugar a que sea aplicable otro plazo previsto o el legal.

³⁸SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre (RCL 2003/2695)”. Revista de Derecho Patrimonial. ARANZADI-THOMSON-2007 (Pág. 114, 115 y 116).

³⁹SAPENA TOMAS, J. “La fiducia conyugal”. (Art. 831 del Código Civil)”. En la obra homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. (Pág. 941 y 942).

⁴⁰VÁZQUEZ VIOQUE, S. “La mejora en el Código Civil Español” Madrid. 2003. Dice este autor: «cuando el causante ordena que el cónyuge supérstite ejercite la delegación en su propio testamento, es

En conclusión y respecto del comienzo del plazo de caducidad, que lo sea desde la apertura de la sucesión o emancipación de los hijos comunes tiene una explicación perfectamente lógica: habiendo hijos comunes, debe esperarse hasta la emancipación (en sentido amplio) del menor de ellos, y contar desde entonces dos años, pues hasta ese momento no se habrá clarificado el panorama familiar y el fiduciario tendrá mayores elementos de juicio para hacer un adecuado reparto de los bienes del premuerto. Esto tiene sentido con hijos capaces y sin problemas, pero la mayoría de edad, tratándose de discapacitados no tiene el mismo valor, porque el llegar a la mayoría de edad no significa que puedan valerse por sí mismos. Por el contrario, no habiendo hijos comunes menores o incapacitados, el plazo de dos años cuenta desde la apertura de la sucesión, entendiéndose por tal, no la apertura del testamento, sino la muerte del causante o la firmeza de la declaración de fallecimiento, pues desde tal momento se entiende deferida la herencia. Pero el plazo de ejercicio comienza en el momento mismo de la apertura de la sucesión y una vez cumplidos los trazos y trámites legales de conocimiento de la existencia del testamento y saber que efectivamente no hay otro posterior que haya cambiado algo; hasta ese momento ignora sus facultades e incluso el comienzo y duración del plazo. Eso podía ser así cuando se pactaba en capitulaciones. Y aún así, antes de administrar y hacer nada, si se le piden las legítimas, habrá que calcularlas y esto también lleva operaciones previas. Por lo tanto, no es tan claro que, visto esto pueda ejercitar de verdad la fiducia desde el momento del fallecimiento. La consecuencia práctica es que el inicio del plazo no se mantiene en el momento del fallecimiento del causante delegante, sino que nos tenemos que ir al momento en el que el supérstite pudo realmente ejercitarla, momento que siempre será posterior al del fallecimiento. Esta es la crítica más importante que hacemos al plazo legal: su insuficiencia, como veremos.

Mayores dudas presentaba –en sede de la redacción del precepto de 1981- para MIQUEL GONZALEZ⁴¹, la duración del plazo en función de la admisión de mejorar a los descendientes ulteriores. A su juicio, el plazo fijado en relación con la

decir, cuando el plazo es el de toda su vida, o cuando establece el usufructo universal a favor del supérstite, situaciones en las que la efectividad de la declaración se produce tras la muerte del sobreviviente, suponen una medida de coacción para que éste no contraiga un nuevo matrimonio, ya que, de hacerlo, perdería las facultades delegadas» (Pág. 65).

⁴¹MIQUEL GONZALEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”. (Op. Cit. Pág. 1317 y 1318).

emancipación de los hijos, no tiene en cuenta la posibilidad de mejorar a los nietos, que pueden ser mejorados: ¿se podrá esperar a que nazcan y sean emancipados? Así, en rigor el plazo sería bastante inútil, pues se podría esperar a que naciesen los nietos y fuesen emancipados. El viudo/a tiene toda su vida para mejorar porque no se puede excluir que en cualquier momento tenga nietos o que algún nieto tenga descendencia.

En consecuencia, y a juicio de MIQUEL GONZALEZ⁴², caben varias alternativas de interpretación del plazo señalado por el precepto:

Utilizar el señalamiento del plazo en el precepto como una prueba de que el viudo/a solamente puede mejorar a los hijos comunes. En efecto, en otro caso el plazo carece de sentido porque siempre se podrá esperar al nacimiento de un descendiente de ulterior grado.

Entender que son cosas distintas el señalamiento de un plazo y los sujetos mejorables: el plazo opera en relación con los hijos, pero dentro de él se puede mejorar a los nietos. En tal caso el precepto se desvincula de su *ratio* por lo que se refiere a los nietos, ya que no se podrían apreciar sus cualidades, etc. Con ello el precepto se convierte en un instrumento de sujeción de los hijos, pero no de los nietos. Las razones dadas para justificar el precepto no son válidas si adopta esta solución.

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁴³, se identifica con estas afirmaciones: “en efecto, respecto de las legítimas no cabe señalamiento de plazo, por lo tanto el cónyuge viudo, con facultades de atribución y distribución, tendrá que pagar las legítimas cuando se lo exijan los herederos forzosos”. Y añade que “como la mejora forma parte de la legítima cuando no es utilizada la parte del tercio destinado a mejorar, el viudo/a tendrá que realizar las mejoras cuando los herederos forzosos exijan su legítimas”.

En este sentido, esto implica que el señalamiento de un plazo impide mejorar a los descendientes nacederos y siendo la *ratio* actual del precepto, según parece, que el cónyuge viudo/a pueda favorecer a los descendientes incapaces, puede suceder que entre los descendientes nacederos exista algún incapaz, que no podrá ser favorecido por su ascendiente.

La práctica notarial, para eludir este inconveniente, ha utilizado una cláusula por la que el cónyuge pueda mejorar a los nietos nacederos mediante la sustitución fideicomisaria condicional. En este caso, la condición sería que nazcan en el tiempo

⁴²MIQUEL GONZALEZ, J.M. “Comentario...” (en nota anterior, pag. 1318).

⁴³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Págs. 1150 y 1151).

señalado por el cónyuge que ejercita la facultad o en un tiempo prudencial y también se pueden añadir otras condiciones adicionales.

3.- ASPECTO CRÍTICO DE LA FIJACIÓN Y DETERMINACION DEL PLAZO. EL PLAZO ES EXIGUO E INSUFICIENTE.

Breve antecedente histórico. Como hemos expuesto antes, la originaria redacción dada al artículo 831 CC, no contenía ninguna mención relativa a la fijación del plazo en el cual el fiduciario debiera llevar a cabo su encargo. Ante esta situación cabían entonces dos interpretaciones: considerar que el fiduciario no se veía compelido a actuar dentro de un plazo, sino que la facultad se le concedía para toda la vida, o por el contrario considerar la necesidad de establecer un plazo que podría deducirse del conjunto de las normas de sucesiones. A favor de la primera interpretación (ALBALADEJO⁴⁴) juega el razonamiento de que el artículo 831 CC tiene su origen en los derechos forales y que, tal como hemos visto, en éstos la fiducia establecida a favor del cónyuge se presume, por lo general, otorgada de por vida, precisamente para que pueda cumplir con la finalidad para la que fue establecida. Defendiendo la segunda interpretación, algunos autores (DIAZ FUENTES⁴⁵) habían considerado que la prolongación indefinida del poder distributivo significaba un gravamen para la legítima o que se producía un excepcional estado de interinidad que obstaculizaba el comercio jurídico y dificultaba la administración de las cosas. La opinión más difundida (HERRADA ROMERO⁴⁶) sostenía la aplicación analógica del plazo concedido a las albaceas para cumplir su encargo, es decir, un plazo de un año prorrogable por otro año más. Parece que la redacción de 1981 vino a consolidar esta última tendencia doctrinal, pero sin hacer alusión a la aplicación analógica sino estableciendo un plazo propio. De ahí la crítica que ya hemos expuesto de MIQUEL GONZALEZ⁴⁷, respecto de que la fijación del plazo introducido en este artículo de la redacción de 1981, resultaba en alguna medida, perturbador y en otra inútil.

⁴⁴ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de Derecho Civil V”. Edición 7ª. Barcelona 1997. (Op. Cit. Pág. 367).

⁴⁵DIAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa II. Sobre al artículo 831 del Código Civil” (Op. Cit. pag 904 y 905).

⁴⁶HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2485 y 2486).

⁴⁷MIQUEL GONZALEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”. (Op. Cit. Pág. 1317 y 1318).

El actual texto del 831 CC, exalta la autonomía de la voluntad del causante, concediendo libertad absoluta al testador para fijar el plazo que estime oportuno, a los efectos de que el fiduciario lleve a cabo la delegación encomendada. Sólo en el caso de que no se fije plazo alguno, regirá el plazo legal supletorio de dos años establecido la norma. Ya hemos expuesto, que puede el concedente fijar un plazo de por vida para la actuación del fiduciario, ya que puede prever que la lleve a cabo en su propio testamento, en cuyo caso estaría claro cuál es el momento de finalización de plazo, que no terminará sino con la muerte del fiduciario, ya que éste tiene la posibilidad de otorgar o revocar su propio testamento en cualquier momento.

El plazo ha resultado ampliado con respecto al texto de 1981, que sólo era de un año y se estimaba especialmente corto. Dos años no es mucho más; pero también deben conciliarse los intereses en juego: los del cónyuge fiduciario que necesita tiempo para pensar, organizar y disponer; y los de los llamados a la herencia que necesitan concretar sus expectativas hereditarias. Pero no obstante, LACRUZ BERDEJO⁴⁸ considera que el plazo legal es insuficiente para los supuestos en que el cónyuge tarde en enterarse de su nombramiento y especialmente cuando se promueva litigio sobre el último testamento y, una vez anulado éste, entra en vigor el que nombra fiduciario al cónyuge. En estos casos habremos de considerar, como veremos, que el inicio del cómputo de los dos años deberá fijarse en el momento en que adquiera firmeza la sentencia que resuelve el litigio sobre el testamento, pues caso contrario bien puede suceder que caduque la facultad conferida sin haberla podido utilizar.

Quizás no hubiese resultado inadecuado el establecimiento de un plazo más amplio. Por ejemplo, entiende SEDA HERMOSIN⁴⁹ que sería suficiente entre tres y cinco años.

Resumimos en que parece lógico que el plazo para distribuir la herencia del causante comience en el momento de la apertura de su sucesión con las salvedades que hemos expuesto respecto al trámite de conocer el contenido del testamento con el nombramiento del fiduciario y la duración de los plazos en su caso, por lo que es raro que el cómputo se inicie en un momento en el que el fiduciario no puede todavía actuar

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F. “Elementos de Derecho civil” V. Barcelona. 1988, (pag. 140).

⁴⁹ SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 277 y 278).

la fiducia y, no obstante, así lo establecen tanto el artículo 831 CC como la generalidad de los derechos forales. Pero, teniendo en cuenta que los plazos establecidos son relativamente cortos y que una de las cosas que se pretenden con la norma es que el fiduciario disponga de datos suficientes para llevar a cabo su elección, se establece, también de forma general, que existiendo hijos menores a la muerte del causante, el plazo no comience hasta que el último de ellos alcance la mayoría de edad o en algunos casos la emancipación. En el artículo 831 CC es la emancipación del último de los hijos comunes el momento que debe tenerse en cuenta, sin que importe si ésta se alcanza por la mayoría de edad o se trata de un menor emancipado. En los ordenamientos forales las fórmulas empleadas son distintas: en el de Aragón se habla de la mayoría de edad y nada se dice de la emancipación, pero esto es lógico en esa región foral habida cuenta la capacidad especial de los menores que son habilitados para muchos actos de administración y disposición cuando alcanzan la edad de 14 años.; en Galicia es precisamente ésta la que se tiene en cuenta y en el País Vasco rige la mayoría de edad y se excluye expresamente la emancipación.

Tras la redacción del artículo del año 2003, aunque se puede mejorar a cualquier descendiente, la finalización del plazo de eficacia de las actuaciones del fiduciario no tendrá en cuenta la edad estos últimos, sino únicamente la de los hijos, puesto que en otro caso, el plazo siempre sería el de la vida del fiduciario

En definitiva, respecto al cómputo del plazo, si por el testador nada se hubiese dispuesto, fijado el plazo voluntario por días —incluso en número igual o superior a un mes o un año—, a contar desde uno determinado —el de la apertura de la sucesión o cualquier otro que, en su caso, hubiere fijado el propio fiduciante—, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar a las cero horas del día siguiente; y si aquel plazo se fijó por meses o años, se computará de fecha a fecha, concluyendo el último día del mes, si en el de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, sin que se excluyan en uno y otro supuestos los días inhábiles (cf. artículo 5 CC). Sirva de comparación, la regulación que se recoge en las normas forales. En la mayoría de los derechos forales también se establece un plazo legal que se aplicará para el caso de que el concedente no haya señalado otro y también se habla, por lo general, de un plazo de por vida para el cónyuge fiduciario, aunque hay diferentes matices para este supuesto.

En Derecho aragonés, el plazo legal establecido es de tres años en lugar de dos, pero

además, para el caso en el que el fiduciario sea el cónyuge, se presume que la facultad se le concede de por vida y para acortar este plazo es preciso que se fije un plazo menor; así se establecía en el artículo 129 de la Ley de Derecho Civil Foral aragonés, y ya se deducía del artículo 118 de la compilación. Ahora se recoge en el artículo 444 del Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo: << 1. El fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente. 2 A falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años, pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, el nombramiento se entenderá hecho de por vida. 3 En los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años. 4 Los plazos que establece este artículo son de caducidad. >>.

En el Derecho del País Vasco el plazo legal que se concede al comisario es tan sólo de un año pero puede el concedente señalar uno distinto que, sólo en el caso de que el comisario sea el cónyuge, podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere. En Galicia el artículo 199 de la LDCG también establece la posibilidad de marcar un plazo al comisario y en su defecto establece un plazo legal que será de la vida del cónyuge. Artículo 199: “salvo que el atribuyente le señalara plazo, el cónyuge podrá ejercitar la facultad gestatoria mientras viva”.

La Ley de Sucesiones catalana lo recoge de forma detallada. Al establecer en el artículo 424.9 la posibilidad de nombrar fiduciarios a los parientes, señala que la elección deberá haberse hecho en el plazo fijado por el testador, pero que en su defecto, si no se ha realizado dentro de los cuatro años siguientes al fallecimiento del causante, cualquier interesado en la sucesión podrá requerir a los parientes electores para que la hagan en los seis meses siguientes al requerimiento. Así lo establece el artículo 424.9 del Código de Derecho Civil de Cataluña: << Plazo para hacer la elección o la distribución. 1. La elección o distribución debe hacerse en el plazo fijado por el testador. 2. Si no se hubiere fijado el plazo y la elección o distribución no se ha hecho en los cuatro años siguientes a la muerte del causante, cualquier persona interesada en la sucesión puede requerir a los parientes electores o distribuidores que la hagan en los seis meses siguientes al requerimiento. 3. Los parientes electores o distribuidores pueden solicitar a la autoridad judicial una prórroga para hacer la elección o la distribución si existe una causa justificada >>. Así pues, no obstante, los

parientes electores podrán obtener de la autoridad judicial una prórroga para realizar la elección, si concurre causa justificada. Como vemos, aparte del plazo que el concedente puede establecer de forma voluntaria, y que por supuesto puede extenderse a toda la vida del fiduciario, se marca un plazo legal, de cinco años, pero este plazo tiene un sentido distinto del que se establece en el resto de las legislaciones. Si como hemos dicho al principio el plazo representa el lapso de tiempo en que la delegación puede ser actuada eficazmente y que transcurrido éste queda la fiducia extinguida, este plazo no rige de la misma manera, ya que, cumplido en su totalidad, no se extingue la fiducia, sino que a partir de ese momento todos los interesados pueden requerir a los electores para que actúen y, tras este requerimiento, se abre un plazo de seis meses en el que todavía la elección es posible. Hay que tener además en cuenta que el plazo de seis meses no comienza sino en el momento en que se hace el requerimiento y ese requerimiento llega al requerido y éste puede conocerlo, y que por tanto, mientras no se lleve a cabo sigue viva la facultad concedida.

En definitiva, la introducción de un plazo para el cumplimiento del encargo es aceptable, aunque, al limitarse la fiducia del artículo 831 CC al cónyuge o conviviente, o en su caso a quien tenga descendencia común con el otorgante, podría haberse establecido la presunción de que en ausencia de un plazo se consideraba otorgada de por vida, paralelamente a lo establecido por el derecho aragonés que es al que más se acerca el artículo. La duración del plazo, que la redacción de 1981 fijaba en un año, ha sido liberalizada con el texto de 2003, exaltando la autonomía de la voluntad del causante, y solo como supletorio, a falta de esa designación de plazo por el testador, se ve ampliado el supletorio en dos años, ampliación que parece razonable (SIERRA PEREZ⁵⁰) dada la finalidad de la fiducia y que también se acerca más al derecho aragonés. Pero el plazo supletorio, aún así, sigue siendo exiguo.

4.-EL PLAZO VOLUNTARIO Y LA POSIBILIDAD DE CONCEDER LA DELEGACIÓN POR TODA LA VIDA DEL FIDUCIARIO

Con la redacción originaria del artículo 831 CC, era discutible que el causante

⁵⁰SIERRA PEREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 115 y 116).

pudiese establecer plazo, aunque para HERRADA ROMERO⁵¹, no había dudas de que sí. Tras la reforma de 13 de mayo de 1981, quedó aclarado con la inclusión de un segundo párrafo en el texto, por el que se permitía un plazo de un año en los términos que hemos expuesto anteriormente. Ya tras la última reforma del precepto en 2003, no hay discusiones al respecto: cabe plazo voluntario y además se establecen los que hemos analizado con carácter supletorio y legal.

Con la redacción de 1981, cabía que, prevista la delegación en capitulaciones matrimoniales, aunque sin fijación de plazo voluntario, pudiese el fiduciante establecer éste posteriormente, en testamento. Y esto, no porque este concreto contenido capitular pudiese ser modificado por su voluntad unilateral, sino a pesar de que las capitulaciones matrimoniales sólo pudiesen ser modificadas concurriendo el consentimiento de ambos cónyuges. Se trataba por lo tanto, en este caso, de no de modificar una circunstancia expresada en capitulaciones y sí de yuxtaponer a la previsión capitular un extremo al que aquella escritura no se había referido, aunque pudo haberlo contemplado. (HERRADA ROMERO⁵²). El fundamento estaba en que no debería restringirse la libertad del fiduciante y, con ello, privar a la institución de sus consecuencias propias, exigiendo lo que la ley no había exigido, esto es, que la ordenación de la fiducia y la eventual previsión sobre el plazo constasen en un mismo instrumento. Así pues, habiéndose ordenado la fiducia en testamento, sin previsión de plazo, puede también establecerse éste en un testamento posterior, que, limitándose a tal fijación de plazo, no revocaría el testamento anterior y sin necesidad de que el testador expresase su voluntad de que subsistiese el primero en todo o en parte, (ALBALADEJO⁵³). La reforma de 2003 recogió estas doctrinas, y resolvió todas las dudas apuntadas.

La duración del plazo será la que fije el *de cuius*, ya que la ley no pone límites, como no sea la necesidad de respetar las legítimas (“sin perjuicio de las legítimas estrictas” que expresa el propio 831-3º CC). En favor de tal protección, puede señalarse al fiduciario un plazo corto para pagar las legítimas y otro más largo para

⁵¹HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 2489).

⁵² HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 2489).

⁵³ ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de Derecho Civil V”. Edición 7ª. Barcelona 1997. (Pág. 367). Dice este autor «es posible afirmar, sin duda, que la voluntad de que —como dice el art. 739, 1.º CC— *subsista* (por lo demás) el primero aparece tácitamente expresada en el segundo». (nota anterior, pag. 367).

distribuir el resto de la herencia; y siguiendo a ALBALADEJO⁵⁴, pasando el plazo de dos años desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación de último de los descendientes comunes, pueden los legitimarios reclamar sus legítimas.

El término de dos años fijados por la ley no representan, un mínimo que no pueda desconocer el fiduciante en el caso de que establezca él su plazo voluntario, ya que: *a)* gozando éste de libertad para ordenar o no la delegación, la misma libertad le debe asistir para establecer el tiempo durante el cual el fiduciario puede actuar las facultades conferidas, luego puede ser incluso inferior, aunque es improbable que se establezca alguno que no conceda al fiduciario un mayor espacio de tiempo para la ordenación de la sucesión *b)* son dos plazos distintos, uno voluntario y el otro supletorio *c)* el plazo legal supletorio sólo juega si nada ha establecido el fiduciante sobre este particular (« no se le hubiere señalado plazo,...» como resulta del párrafo 2º del apartado 1º artículo 831 CC).

Se pregunta HERRADA ROMERO⁵⁵ que ocurre si el causante fija un plazo excesivamente exiguo, manifiestamente insuficiente para resolver cuestiones como las que incumben al fiduciario, lo que como ya hemos anticipado difícilmente se dará, ya que es poco práctico y antieconómico. Para este autor (HERRADA ROMERO⁵⁶), admitiendo que la pregunta tenga carácter especulador o teórico, lo cierto es que la voluntad del causante es que la fiducia se cumpla. El causante, al delegar en el fiduciario las facultades *ex* artículo 831 CC, está ordenando su sucesión, una sucesión voluntaria y testamentaria, y, como tal, reveladora de su voluntad de evitar que entren en juego los criterios legales de distribución. No obstante, aunque consideremos poco útil la designación por el causante de un plazo voluntario de duración inferior a dos años, lo que con el texto del precepto es perfectamente admisible, resulta incuestionable. (HERRADA ROMERO⁵⁷).

⁵⁴ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de derecho Civil” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 367).

⁵⁵HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 2489).

⁵⁶HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” Dice este autor que “aunque la pregunta tenga interés más especulativo que práctico —pues una mínima consecuencia por parte del causante hace improbables estos supuestos—, acaso pudiese en tales hipótesis, a la vista de cada una de ellas, defenderse la inoperancia del plazo voluntario, entendiéndolo sustituido por el plazo legal, pues considerar inamovible el dado por el fiduciante puede representar de hecho, en algún caso, la impracticabilidad de las facultades delegadas; y no parece propio pensar que se quisieron conferir aquéllas en condiciones tales que no permiten cabalmente actuarlas” (en nota anterior, pag. 2489).

⁵⁷HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” Dice: “la necesidad de respetar la voluntad del causante —verdadera ley de la sucesión, como tantas veces se ha dicho—, con la posible excepción que puedan representar los casos en los cuales —procurando el respeto de la voluntad expresada por un

Que el plazo voluntario tenga una duración superior o muy superior a la del plazo legal no resultará sólo lo más frecuente sino, probablemente, lo procedente, (GARRIDO DE PALMA⁵⁸, RUEDA ESTEBAN⁵⁹) si no se quiere renunciar a las ventajas que es capaz de proporcionar el artículo 831 CC.

En cualquier caso, con el texto actual, no se pueden oponer los viejos reparos al establecimiento del plazo vitalicio, que por otra parte está plenamente recogido en el párrafo 2º del apartado 3º del artículo 831 CC: << Si no se le hubiere concedido la facultad de hacerlo en su propio testamento...>>.

Este sistema y plazo vitalicio en atención a la existencia del fiduciario, encuentra importante apoyo en las instituciones de confianza y muy especialmente en la fiducia sucesoria que consagran varios de los actuales ordenamientos civiles autonómicos, que en su práctica totalidad traen causa de los Derechos forales, en la formulación que de las respectivas figuras tradicionales contenían las distintas Compilaciones. Y es que en las legislaciones forales que están en la base de los vigentes Derechos civiles territoriales, como ya hemos contemplado en capítulos anteriores, residen los principios generales de la fiducia sucesoria, por lo que el artículo 831 del Código civil — como entiende GARRIDO DE PALMA⁶⁰ — ha de ser interpretado y en su caso integrado mediante la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de *fundamento* a dichas instituciones forales. Señala también MERINO HERNANDEZ⁶¹ que «con todas las formulaciones legales presentes se puede llegar a construir, con bastante exactitud, una cierta teoría general de la *delegación sucesoria*, que permita colmar los vacíos normativos que para cada una de sus variantes se producen en los diferentes textos civiles». Es por eso que el texto de 2003, recogió ese plazo vitalicio en seguimiento del espíritu de esas legislaciones forales.

causante que ha ordenado su sucesión a través del expediente que a este efecto ofrece el artículo 831— resulta indicado prescindir de los extremos previstos por él en punto al plazo”. (Op. Cit. página 2490).

⁵⁸GARRIDO DE PALMA, V. M. lo sostuvo en varias publicaciones. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil” “El Notario ante el artículo 831 del C.C.”. Anuario de Derecho Foral. Separata. Diputación Foral de Navarra. Pamplona 1976-1977 (Pág. 383 y 384). “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.J.N. 2005, Nº55 (Pág. 136). Libro Homenaje al Profesor...(Pág. 2028).

⁵⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado 2005) Nº 279 (Pág. 973).

⁶⁰GARRIDO DE PALMA, V. M. Lo sostuvo en varias publicaciones. “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil” “El Notario ante el artículo 831 del C.C.”. (op. Cit. Pags. 373 y 374).

⁶¹MERINO HERNANDEZ, J. L. “La fiducia sucesoria en Aragón”. Colección El Justicia de Aragón 1994 (Pág. 13).

En este sentido, el Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en los mismos términos que la antigua Ley aragonesa de Sucesiones, de 2 de febrero de 1999. En el artículo 444 (artículo 129 de la antigua Ley) establece que «el fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente», a falta del cual se establece un plazo legal de tres años, aunque precisa —«en atención a una realidad muy arraigada», justifica su Preámbulo (VI) que «si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida». Y esto, a todo trance, ya que la posibilidad de solicitar judicialmente «reducción de plazo» (art. 32) se concede «salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo».

Resultaba asimismo expresiva la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, que regulaba sucesivamente —arts. 110 y ss.— la fiducia individual u ordinaria (en el texto legal, «disposiciones generales») y la fiducia colectiva —exclusivamente, para ordenar la sucesión de la casa—, estableciendo, a propósito de esta última, una norma en materia de fijación de plazo (art. 118), aplicable a todo supuesto de fiducia y no sólo a la colectiva, como cabría erróneamente deducir de su equívoca ubicación sistemática: «Si el causante no hubiere fijado plazo de cumplimiento del encargo y no existe cónyuge fiduciario, cualquier persona con interés legítimo podrá pedir su señalamiento al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, quien lo hará previa audiencia del Ministerio Fiscal».

El Código de Sucesiones catalán, en el Libro 4º, por Ley 10/2008, de 10 de julio, lo recoge en el artículo 424.9, al que nos hemos referido anteriormente. Refleja un plazo voluntario y otro legal supletorio de cuatro años siguientes al fallecimiento del causante o si no se hizo, cuatro años desde la fecha en que los parientes electores hayan sido requeridos por cualquier persona interesada. Pero no se menciona ningún plazo o suposición tácita de plazo vitalicio en determinadas circunstancias.

Por su parte, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, cuyos artículos 32 y siguientes se ocupan «del poder testatorio y testamento por comisario», dispone en el artículo 44: «El comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere.»

La fundamental novedad de esta última ley es la referencia explícita a la posibilidad de que el comitente señale al fiduciario un plazo vitalicio. Como justifica su

Exposición de Motivos, a propósito del Título III de la ley, «el plazo del ejercicio del poder se regula con la amplitud característica con que siempre se ha utilizado, frente a decisiones autoritarias que constriñen los plazos (art. 44)». Estos últimos términos parecen revelar el desacuerdo con determinadas resoluciones judiciales⁶².

Así pues, debe asimilarse al supuesto de concesión de plazo vitalicio el de establecimiento de un plazo voluntario desmesurado, en sí mismo o atendidas las circunstancias del caso. Parece, en principio, la solución más conforme con la voluntad de un causante que ha declarado alejarse del plazo legal de modo tan terminante. Esto resulta más propio, y también más seguro, que cualquier opinión sobre la proporción o desproporción que revelen los términos de su declaración. Además, un plazo de esta clase guarda más semejanza con el supuesto de plazo vitalicio que con el plazo legal. Guía inestimable en el enjuiciamiento de las cuestiones que pueden suscitarse en relación con el artículo 831 CC, la opinión expuesta no *es* ajena otra vez a la finalidad que anima la citada norma y que sólo se compece con una interpretación desde criterios flexibles y permisivos (HERRADA ROMERO⁶³).

De esta forma, cuando el causante ha prohibido expresamente la división de la herencia, al amparo del artículo 1051 CC, párrafo 1º, en este caso, el plazo (voluntario) para ejercer la delegación coincide con el tiempo de vigencia de la comunidad hereditaria. Ahora bien, el párrafo 2º del mismo precepto dispone, como excepción a lo prevenido en su primer párrafo, *in fine*, que «la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad», consignadas en los artículos 1.700 CC, aplicables *mutatis mutandis* a la comunidad hereditaria impuesta por el testador. Así, la expiración del término, prevista en el primer ordinal de este último precepto, representaría una causa de extinción que sólo entra en juego si el testador ha fijado la duración de la prohibición, discutiéndose si, en este caso, está aquél sometido a alguna limitación. Pero el artículo 1.051 CC no establece un plazo máximo a

⁶²Esta interpretación no hubiera sido posible con la norma hoy vigente. Así lo estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril 1964 (RJ 1964, 2162), que negó para el Derecho vizcaíno que el plazo señalado pudiera ser la vida del fiduciario, interpretando el artículo 19, párrafo 20, de la Compilación de 30 de julio de 1959 en el sentido de que «el señalamiento de plazo tiene que referirse a un término concretado en el tiempo»; entendía así el Alto Tribunal que «prorrogándose el poder por todo el tiempo de vida del sobreviviente de los otorgantes, prácticamente ello equivale a una inadmisibles prórroga indefinida» (CDO. cuarto).

⁶³HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” Dice este autor que “pudiendo el plazo voluntario, por lo demás, ser fijado no sólo de manera explícita sino también implícitamente, las que podrían considerarse manifestaciones fundamentales de esta última hipótesis confirman la posibilidad de concesión al fiduciario del plazo vitalicio”. (Op. Cit. pags 2493 y 2494)

la prohibición de dividir la herencia, ni siquiera, la invocación del artículo 400 CC, párrafo 2º, ha permitido entender que la prohibición impuesta por el testador está sometida a un límite máximo de diez años a partir del fallecimiento del testador.

En favor de que el testador carece de limitaciones cuando señala plazo a su prohibición de dividir, se argumenta que no están sujetos a limitaciones los socios cuando establecen la duración del contrato de sociedad, atendida la remisión ya vista del artículo 1.051, párrafo 2º CC, a las causas que extinguen la sociedad, que justifica asimismo que antes de la expiración del término pueda pedirse la partición, si concurren motivos justificados, «justos motivos» en la dicción del artículo 1.707 CC. Además, la indivisión decretada por el testador que prevé el Código civil persigue unas finalidades concretas que no podrían acaso cumplirse si existiera la limitación temporal del artículo 400 CC.

Conforme sostiene ROMERO GIRON DELEITO⁶⁴, la hipótesis de que el causante ha ordenado el usufructo universal a favor del viudo, al amparo del artículo 820-3º del Código civil, implica también la posibilidad de ejercicio de la fiducia por el supérstite durante toda su vida.

Se pregunta HERRADA ROMERO⁶⁵, si es eficaz la declaración del fiduciante relevando al fiduciario de la limitación que al ejercicio de *sus* facultades constituye el plazo legal, sin establecer al mismo tiempo otro plazo voluntario, y se contesta que sólo la declaración de voluntad que se integre desde el punto de vista formal-documental en el acto generador de la fiducia, podrá establecerse, pero de un modo claro. Por lo que parece, si contemplamos la norma, que el legislador haya querido que tal ejercicio esté sujeto a un plazo, voluntario o legal, y ésta es la idea que fue fundamental en la reforma de 1981 y que se recoge también en la que se hizo después en 2003, si bien se amplió el plazo y se recogió la posibilidad del plazo voluntario establecido por el testador, incluso por la vida del fiduciario, resolviendo todas las dudas que se habían planteado anteriormente. Nosotros entendemos, que para una completa fiducia, debería haberse establecido un plazo supletorio de carácter vitalicio.

5.- EL PLAZO LEGAL: EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 831

⁶⁴ROMERO-GIRON DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica”. (Op. Cit. Pág. 229).

⁶⁵HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2495).

PREVÉ DOS PLAZOS LEGALES

Como hemos visto, el párrafo segundo del apartado 1º del artículo 831 CC concede al fiduciario, en defecto de otro fijado por el fiduciante, el plazo de dos años, bien que contado a partir de momentos distintos, a saber, la apertura de la sucesión o la emancipación del último de los hijos comunes, en función, respectivamente, de que existan o no, esos hijos menores comunes. (<< *Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*>>)

Entiende HERRADA ROMERO⁶⁶ que lo primero que llama la atención de la fórmula del Código civil es que prescinde de la necesidad de conocimiento por parte del fiduciario de su condición de tal, o lo que es igual, de su nombramiento. La cualidad de fiduciario del cónyuge supérstite es mera consecuencia de la designación que a su favor hace el causante —a base de conferirle las correspondientes facultades— y no de una aceptación, que en este supuesto no se exigiría; el contenido *ex* artículo 831 CC representa para el delegado una cuestión de poder, no de deber: <<...podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento...>> (831-1º CC).

A pesar de la laguna del precepto, no puede resultar irrelevante que el fiduciario ignore su nombramiento, pudiéndose afirmar, así, que los criterios sobre momento inicial del cómputo del plazo para la válida actuación de la fiducia consagrados por el artículo 831 CC son los de la apertura de la sucesión o la emancipación del último de los hijos comunes, situaciones que el fiduciario sí conoce, aunque no conozca aún el nombramiento o delegación hecha por éste a su favor.

Y si es cierto que también el artículo 44 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco ofrece en esta cuestión una dicción sustancialmente semejante a la del Código civil, no lo es menos que la circunstancia que ahora consideramos no pasa desapercibida en la propia Ley, con las consecuencias que ello necesariamente ha de tener al interpretar aquél precepto. El artículo 36 impone al comisario la obligación de realizar un inventario «*en el plazo de seis meses desde que, fallecido el comitente, tenga conocimiento de su designación*».

En el Derecho común, ocurre que según la clase de testamento que sea, los plazos de

⁶⁶HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2496).

conocimiento son distintos y se pueden alargar más o menos.

Razona la doctrina⁶⁷ que como actualmente la fiducia solo se puede ordenar en testamento, han de considerarse todas las clases de testamentos —comunes y especiales— y sus correspondientes formas testamentarias, que, naturalmente, no difieren por su contenido. Los testamentos ológrafos, cerrados y especiales tienen sus plazos de caducidad y sus procedimientos de adverbación que indudablemente alargan mucho el conocimiento de la fiducia y comienzo de plazos.

En rigor y como señala ALBALADEJO⁶⁸, el plazo se contará «desde que se tenga conocimiento del fallecimiento y de poseer el testamento», bien entendido que no cesa la posibilidad de presentar el testamento expirado este término, no existiendo en este caso limitación de tiempo, sin perjuicio de la responsabilidad que para el supuesto de dolo establece además el artículo 713 CC. De conformidad con el artículo 714 CC, para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

En consecuencia, a juicio de esta doctrina⁶⁹, si el fiduciario conoce su nombramiento con posterioridad a la apertura de la sucesión, se contará el plazo desde que tuvo conocimiento de aquél y ello aunque el propio fiduciante hubiese fijado un momento anterior. Por otra parte, la dicción literal del párrafo segundo del apartado 1º del artículo 831 CC, no deja lugar a dudas en su literalidad y con el texto, no parece que haya posibilidad de aceptar esta interpretación de diferirlo al momento de conocimiento por parte del fiduciario. Ciertamente el legislador no ha estado muy

⁶⁷HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2496 y 2497). Dice este autor: “Y baste, a este propósito, recordar la necesidad de que el testamento ológrafo sea protocolizado, presentándolo con este objeto al Juez competente «dentro de cinco años, contados desde el fallecimiento», requisito sin el cual no será válido (arts. 689 y 693 CC). La presentación deberá hacerse por la «persona en cuyo poder se halle depositado» el testamento luego que tenga noticias de la muerte del testador y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación (art. 690 CC). Tratándose de alguno de los demás «testamentos otorgados sin autorización del Notario», el artículo 704 CC decreta también su caducidad si no se eleva a escritura pública y se protocoliza en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil. Si consta la delegación en testamento cerrado, téngase en cuenta el artículo. 712 CC, en el sentido de que «*el Notario o la persona que tenga en su poder*» aquél deberá presentarlo al Juez competente «*luego que sepa el fallecimiento del testador*». Si no lo verifica dentro de los diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia”.

⁶⁸ALBALADEJO GARCIA, M. “Artículos 712 y 713 en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” Tomo XI Volumen 2º. Madrid 1983 (pag. 78 y s.s.)

⁶⁹HERRADA ROMERO, R.I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2496 y 2497).

oportuno, porque fijar el inicio del cómputo de un plazo para ejercitar una facultad en un momento en el que, por definición, no es posible que pueda ejercitarlo resulta extraño.

En otro orden de cosas, estamos ante dos plazos diferentes, ya que como hemos visto, el plazo concedido por la ley al fiduciario es distinto según haya hijos menores comunes o no. Es posible afirmar, así, que verdaderamente son dos los plazos legales. El primero de ellos, para el caso de no existencia de hijos comunes menores de edad. Si no existen hijos menores comunes, el viudo o viuda dispone de dos años contados desde la apertura de la sucesión. Ésta coincide con el fallecimiento del causante y, en el supuesto de declaración de fallecimiento de éste, con el momento en que el auto judicial reputa ocurrida la muerte con las correspondientes retroacciones, extremo que debe ser necesariamente precisado (cf. art. 195, párr. 2 CC) ya que la presunción de muerte que la declaración de fallecimiento firme establece se retrotrae a ese momento. Y, así, la actuación de las facultades delegadas que lleve a cabo el fiduciario antes de esa fecha de retroacción, solo surtirá efectos una vez sea firme la declaración de fallecimiento (art. 196 CC) y solo podría ser válida, si resultase haber tenido lugar con posterioridad a la fecha en que el auto estime ocurrida la muerte del causante. Además, la conveniencia de que sea actuada la delegación *ex* artículo 831 CC aconseja estimar hábil a tal efecto el plazo de dos años contados desde la firmeza de la declaración de fallecimiento, a favor de lo cual pueden siempre invocarse los términos en que se produce el párrafo 1º del artículo 196 CC, máxime cuando se refiere la apertura de la sucesión al tiempo de la firmeza de la declaración de fallecimiento. Entiende ALBALADEJO⁷⁰ que se abre la sucesión del ausente a favor de quienes tengan derecho a su sucesión en ese tiempo.

El segundo plazo, en el supuesto de existir hijos menores comunes, dispone el Código civil que el plazo legal se computará desde la emancipación del último de ellos.

Se pregunta HERRADA ROMERO⁷¹ si realmente el fiduciario no puede en este caso actuar las facultades que le han sido conferidas sino a partir de que se produzca

⁷⁰ALBALADEJO GARCIA, M. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. Revista de Derecho privado nº 69, de 2005. (Pág. 6 y s.s.). Dice este autor «a favor de quienes tuvieran derecho a heredarle, según la fecha en que la declaración de fallecimiento sitúa la presunta muerte».

⁷¹HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (op. Cit. pag. 2498).

la emancipación del último hijo común, contando desde entonces con los dos años. En definitiva, ¿carece de aquella posibilidad de ejercicio hasta el momento de la emancipación del mentado hijo? Y entiende que no parece sensato pensar que el Código establezca un plazo con alcance obstativo del ejercicio de las facultades delegadas. El plazo de dos años contados desde la emancipación del último de los hijos comunes, en la fórmula del artículo 831.2 CC, sólo se hace inteligible concebido como un plazo que se inicia con la apertura de la sucesión —entendido esto en los términos ya referidos— y alcanza hasta dos años después de la emancipación del último de los hijos comunes. Otra cosa es que el delegante pueda establecer que el delegado no pueda actuar la fiducia hasta el momento en que se haya emancipado el último de los hijos comunes. No nos plantea problema, pues el ámbito de las facultades del delegado —dentro de los límites de la ley—, lo decide el delegante.

Las legislaciones forales resuelven esto de formas diversas, así la Ley de Sucesiones aragonesa (Código Civil de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), cuyo artículo 445 —relativo al «cómputo del plazo»— dispone << *Cómputo- Los plazos expresados en el artículo anterior se computarán: a) Desde el fallecimiento del causante. Si al fallecimiento del causante existen legitimarios de grado preferente menores de edad, el plazo de ejecución de la fiducia no finalizará hasta que transcurran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos. B) En las fiducias sucesivas, desde que legalmente sea posible la ejecución. C) En el caso de reiteración de llamamiento, desde que el anterior resulte ineficaz* >>. Así pues, los plazos expresados en el artículo anterior —ya aludidos *supra*— se computarán «desde el fallecimiento del causante», añadiendo que si al fallecimiento del causante existen legitimarios de grado preferente menores de edad, *el plazo de ejecución de la fiducia no finalizará hasta que transcurran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos.* .

Sobre este último particular, el artículo 44, párrafo 2.º, de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco dispone también el cómputo del plazo legal de un año para el ejercicio del poder testatorio «desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos (los presuntos sucesores), sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación».

El contraste de estas últimas normas con la del artículo 831 CC permite, por otra parte, afirmar que el término «emancipación» empleado por Código civil al consa-

grar la delegación sucesoria ha de ser entendido de conformidad con el artículo 314 del mismo, precepto para el cual alcanzar la mayor edad constituye una, la primera de las causas por las que «la emancipación tiene lugar».

La emancipación que el artículo 831 CC recoge, es la que se alcanza por cualquiera de los cauces que el 314 CC señala, lo que se traduce en que es la existencia de hijos (comunes) menores no emancipados, al tiempo de la apertura de la sucesión, la circunstancia que hace entrar en juego la segunda de las previsiones sobre plazo legal concedido al fiduciario; del mismo modo, si todos los hijos (comunes) son menores emancipados, el viudo o viuda contará con dos años desde la apertura de la sucesión.

El plazo que se extiende hasta dos años después de la emancipación del último de los hijos comunes resultaría aplicable también cuando éste, aun no nacido, estaba concebido al tiempo de la apertura de la sucesión (*ex art. 29 CC y concordantes*). Lo mismo cuando —ni siquiera concebido en esta última fecha— el hijo común lo sea en méritos de la fecundación *post mortem* prevista en el artículo 9.2. de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ya que la generación en este caso produce los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. En esta última hipótesis, tanto el Código de Sucesiones de Cataluña como la Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, en sede de capacidad para suceder y con términos prácticamente coincidentes, consagran una misma ficción, considerando concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión a los hijos así nacidos.

En caso de fallecer el último de los hijos comunes antes de la emancipación, el fiduciario tendrá el plazo de dos años desde aquel fallecimiento; la previsible fecha de su mayor edad es relevante si el menor la alcanza (y antes no ha devenido emancipado por otra causa), no pudiendo entenderse que constituya sólo una referencia para establecer la expiración del término legal.

Y el mismo plazo de dos años, bien que computado desde que transcurran los seis meses siguientes al fallecimiento del marido, cabría entender concedido a la fiduciaria, si, autorizada por aquél la fecundación *post mortem* en los términos previstos legalmente, ésta no tiene lugar (art. 9.2. LTRA).

6.-EL PLAZO LEGAL CONCEDIDO AL FIDUCIARIO EN

CONSIDERACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE MEJORAR A LOS NIETOS Y DESCENDIENTES DE ULTERIOR GRADO, SEAN O NO LEGITIMARIOS

Como hemos expuesto anteriormente, el artículo 831 CC está situado entre los relativos a la mejora, y cabe entender que, la expresión legal «hijos» incluya también a los nietos y descendientes ulteriores, aunque no sean legitimarios. En tal sentido se pronuncia ALBALADEJO⁷², aduciendo, entre otras razones, que, admitida la mejorabilidad de los descendientes no legitimarios, no cabría excluir que puedan ser éstos mejorados por delegación. Como señala el citado autor, y su tesis es autorizada y mayoritariamente seguida por la doctrina, el fiduciario «puede mejorar a los descendientes ulteriores aunque no sean legitimarios, no ya cuando se ha previsto así en la concesión, sino también cuando ésta se haya hecho sin prever tal extremo», careciendo de dicha posibilidad únicamente «cuando al concederle la facultad de mejorar se haya excluido la mejora de los descendientes en general, o, al menos, la de los no legitimarios» y, en particular, en el caso de que sean por el fiduciante «nombrados sucesores sólo los hijos».

De este modo, en rigor, el artículo 831 CC contemplaría plazos legales distintos en función de que existiesen o no hijos o descendientes menores no emancipados comunes. No sería raro que fuese así, puesto que hay una cuestión lógica por razón de las distintas generaciones. Si hablamos de cónyuge supérstite e hijos, es normal que el primero esté en perfectas condiciones físicas y mentales en el momento de que se emancipe el último de los segundos. En cambio, eso aplicado a los nietos no es tan seguro (si es que no fallece antes de que el último de esos nietos llegue a emanciparse). La concurrencia o falta de tales hijos o descendientes debe ser referida al tiempo de la apertura de la sucesión, que constituye el *dies a quo* en ambos supuestos. Por lo tanto, sólo si no existen hijos ni descendientes menores no emancipados, el fiduciario tendrá para actuar la delegación el plazo de dos años, contados desde aquel momento, durante el cual podrá también mejorar a los descendientes de cualquiera de aquéllos, concebidos durante tal período, aunque nazcan después de concluido éste.

Habiendo hijos o descendientes menores no emancipados, el plazo de que goza el

⁷²ALBALADEJO GARCÍA, M. “La mejora del nieto”. Actualidad Civil número 36, Octubre 1997, (Op. Cit. pág. 947).

fiduciario se extiende desde la apertura de la sucesión hasta dos años después de la emancipación del último hijo común, porque no es claro, a nuestro juicio, que el inicio del plazo sea también la emancipación en el caso de los nietos. Al menos, esto se deduce de la letra del 831 CC que parece que se refiere sólo a hijos. La razón es que, aunque es evidente, como hemos sostenido, la posibilidad de mejorar nietos ex art 831 CC, lo cierto es que más bien está pensado para hijos y la mejora de los nietos es algo más excepcional. Si consideramos que el plazo juega también en atención al último de los hijos o descendientes, es la existencia de tales hijos o descendientes —menores y no emancipados al tiempo de la apertura de la sucesión— la circunstancia que determinará la aplicación de este segundo plazo, porque la fijación del plazo no se establecería por referencia a la emancipación del último de aquéllos sino tomando en consideración la del último descendiente de cualquiera de ellos. Es por esto que, en tal supuesto, el fiduciario dispondría de toda su vida para actuar la facultades conferidas por el causante, ya que «no se puede excluir que, en cualquier momento, algún hijo o algún nieto tenga un descendiente» (MIQUEL GONZALEZ⁷³). En consecuencia, se ha dicho que⁷⁴, la inclusión de los nietos y descendientes de ulterior grado, sean o no legitimarios, entre los «hijos comunes» ex artículo 831 CC comporta, de una parte, la inoperancia del plazo legal que se establece en relación con la emancipación del último descendiente común, pudiendo, en la hipótesis correspondiente, hacer uso el fiduciario de la delegación mientras viva, y en favor de cualesquiera descendiente o descendientes comunes.

Pero ciertamente no es posible, a nuestro juicio, -por razón de *ius conditum*- hacer abstracción de la diversa previsión del Código civil en cada una de las hipótesis y, en este sentido, debe afirmarse la sujeción del fiduciario al plazo legal de dos años desde la apertura de la sucesión en su caso, o desde la emancipación del último de los hijos menores, - y no de los descendientes- lo que no impedirá a aquél ordenar la mejora en favor de descendientes nacidos o, al menos, concebidos durante el citado período de tiempo.

7.- LA CONVENIENCIA EN LA PRACTICA DEL PLAZO VITALICIO

⁷³MIQUEL GONZALEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”. (Op. Cit. Pág. 1318).

⁷⁴HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2501).

CON LA FACULTAD DE EJECUTAR LA FIDUCIA POR ACTOS *MORTIS CAUSA*.

Defendemos la conveniencia de un plazo vitalicio por la eficacia de la fiducia del 831 CC. Como sabemos, el plazo legal es operativo desde el momento de su inicio de cómputo, siempre y cuando no existan, al tiempo de la apertura de la sucesión del fiduciante, hijos o descendientes comunes menores no emancipados y también en los casos en que el fiduciario carezca de la posibilidad de mejorar a los descendientes. Pero la aplicación del plazo legal, representa un inconveniente en términos de desvalorización de la finalidad básica a la que tradicionalmente se vincula el precepto (HERRADA ROMERO⁷⁵), cuya consecución constituiría la razón justificativa de la inclusión en el Código Civil de una norma como la del artículo 831 CC, esto es, el fortalecimiento de la situación del viudo o viuda o pareja de hecho en el seno de la familia. La consecuencia es que de la posibilidad de revocación del testamento y la dudosa admisibilidad de prórroga del plazo⁷⁶, resultan ahora, los provechosos efectos que la figura produce en la solidez de la posición familiar de la viuda o viudo.

Por lo tanto, es muy recomendable la concesión de un plazo por la vida del fiduciario unido a la posibilidad de ejercitar la fiducia por actos de última voluntad. Pudiendo la fiducia ser ejercitada por acto *inter vivos* —con carácter irrevocable, en éste caso— o en testamento —conteniendo éste eventualmente la ordenación de la sucesión del propio fiduciario—, en esta segunda hipótesis, ni el carácter esencialmente revocable del testamento, ni el tratarse éste de un acto que es eficaz y adquiere relevancia respecto de terceros sólo a partir de la muerte del causante, evitan al fiduciario el sometimiento al plazo. En definitiva, para HERRADA ROMERO⁷⁷, no valdría argumentar, en defensa de un ejercicio extemporáneo de la fiducia, el rasgo esencial del testamento proclamado en el artículo 737 CC; la revocabilidad del testamento otorgado por el fiduciario dentro de plazo y que no

⁷⁵HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (Op. Cit. pag. 2502 y 2503).

⁷⁶HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (op. Cit. pag. 2503). Dice este autor “Asimismo, dificulta la posibilidad nada desdeñable, en todo o en parte, el juego de los criterios legales de distribución, lo que estaría supeditado a la ejecución por el fiduciario de las facultades que le fueron conferidas. Además de la utilidad que puede reportar en este sentido la posibilidad de solicitar la prórroga del plazo, que no parece dudosa resultan ahora, los provechosos efectos que pueden obtenerse a partir de la esencial revocabilidad del testamento”.

⁷⁷HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones...” (op. Cit. pag. 2503).

contenía disposiciones en ejercicio de las facultades delegadas no posibilita que éstas sean actuadas expirado el término. Del mismo modo, actuada la fiducia en testamento válido otorgado dentro del plazo, la posibilidad de revocar aquél permite superar la limitación del plazo en cada caso, por lo que no hay razón para afirmar la naturaleza irrevocable de tal contenido testamentario; antes bien, no resulta dudosa la revocabilidad de todo contenido testamentario, excepción hecha de aquel a que se refiere el artículo 741 CC, para el cual consagra criterio opuesto, que, por excepcional, apenas puede extenderse a otros supuestos. En consecuencia, el plazo legal representa el tiempo apto para que el fiduciario actúe testamentariamente la delegación conferida, en cuyo caso, transcurrido aquél, podrá este delegado modificar los términos en que ejercitó la fiducia. De este modo, durante toda su vida podrá el fiduciario, y cuantas veces estime oportuno, en sucesivos testamentos, hacer la distribución y mejora que en cada momento valore adecuadas, recuperándose de este modo además el valor que representa en sí mismo la posibilidad de una elección suficientemente fundada.

8.-EXTINCION DE LA FACULTAD ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO.

8.1.-PASAR A ULTERIOR MATRIMONIO O RELACIÓN DE HECHO ANÁLOGA O SUPERVENIENCIA DE UN HIJO NO COMÚN.

Anteriormente (Capítulo VIII) hemos analizado estas circunstancias como falta del presupuesto de hecho necesario para la existencia de la fiducia. Ahora, veremos que ocurre cuando se producen estos eventos durante el ejercicio de la fiducia.

El número 5 del artículo 831 CC, dice que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Ya hemos estudiado suficientemente estos requisitos de la subsistencia de la fiducia en capítulos anteriores, pero ahora lo veremos desde el punto de vista de que pueden suponer una extinción anticipada de la fiducia antes del vencimiento del plazo y muerte natural de la delegación. El precepto en su primitiva redacción tenía como fundamento la confianza familiar en el cónyuge, por lo que no debemos creer que existe una sanción al cónyuge que contrae nuevas nupcias, sino más bien que esa confianza trata de evitar que los nuevos afectos y vínculos que de este nuevo

matrimonio puedan surgir, provoquen una elección menos ajustada. Así lo entiende LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷⁸, quien añade que actualmente no sabemos si el fundamento es el mismo o simplemente se trata de una traducción mimética, adaptada a los tiempos (al incluir las relaciones de hecho), de lo establecido en las redacciones anteriores del precepto.

La normas de los textos anteriores del 831 CC, sólo contemplaban como causa de extinción la del ulterior matrimonio, pero de una forma tácita: «... *que no haya contraído nuevas nupcias...*». La nueva redacción dedica íntegramente el número 5 del 831 CC: «*Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiese pasado a ulterior matrimonio ó a relación de hecho análoga ó tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*». Señala por lo tanto tres causas de extinción que denomina “cesación” («...cesarán...»):

a).- Que se haya producido ulterior matrimonio. No ofrece duda, salvo la de su renacimiento en el caso de que se hubiese producido de nuevo la situación anterior por causa de divorcio. A mi juicio, la causa de extinción se ha producido y por lo tanto nos encontramos con la cesación de la facultad de mejorar, aún cuando lo que dio lugar a ella se hubiese disuelto bien sea por divorcio, nulidad ó incluso por nueva viudedad. Por lo tanto se extingue la fiducia.

b).- Que se mantenga una relación de hecho análoga. Con el problema habitual que supone la falta de acreditación y prueba. Entiendo que el precepto impone la sanción aunque no exista unión de hecho inscrita en ningún registro administrativo. Debiera bastar con cualquier medio ordinario de prueba que demuestre la relación de hecho del cónyuge superviviente y por lo tanto la presumible pérdida de la confianza concedida por el finado. Por lo tanto tan solo se trata de un problema de carga de la prueba. Naturalmente, no basta una relación esporádica, sino que debe ser una relación de hecho análoga a la matrimonial, esto es, cumpliendo el requisito ya analizado de la *affectio maritalis*, que si era exigida para la subsistencia de la fiducia, lo será también para su extinción.

c).- Superveniencia de algún hijo no común. Naturalmente se refiere a los que hayan nacido con posterioridad al fallecimiento del causante y que no sean hijos

⁷⁸LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 1151).

póstumos del mismo. Lo que supone que hubo una relación, que si no llegó a ser de pareja de hecho con la habitualidad que ésta conlleva, lo fue al menos esporádica, pero de la intensidad suficiente para dar a luz un hijo no común. Por lo tanto se extingue la fiducia.

Lógicamente, no están comprendidos en esta causa de extinción anticipada, los hijos no comunes nacidos en vida del testador, bien antes de su matrimonio con el delegado, ó incluso durante el mismo (un hijo extramatrimonial), si bien en este caso se haría imprescindible el conocimiento de esta circunstancia por el testador, que sería recomendable lo hiciese lo constar en su testamento y supondría un perdón ó reconciliación por esa causa. En cualquier caso, las causas de cesación por haber tenido un hijo no común posterior, pueden ser dispensables, puesto que el inciso final del número 5 así lo dice: «...salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.». Desde luego, la dispensa debe ser expresa, y se hará por mención específica en el testamento y no deberá dejar lugar a dudas de que la voluntad del causante fue la de la subsistencia de la fiducia no obstante la existencia de alguna de las causas que el testador pudo prever como de extinción, manifestando este, que de producirse no darían lugar a tal extinción

Nos preguntamos qué pasaría si el cónyuge o pareja de hecho ejercita la fiducia, y luego, prospera una acción de impugnación de filiación, por la que se pone en evidencia que uno de los hijos aparentemente comunes no lo era. Como consecuencia, otro u otros de los medio hermanos, impugnan lo ejecutado por el fiduciario (lo que a él o a ellos no les favorezca), por entender que cuando actuó no tenía facultades para ello. En este caso habrá que distinguir dos posibilidades. Si la filiación impugnada y deshecha es la del causante, se ha producido una adjudicación o mejora a favor de extraño, por lo que proceden indudablemente todas las acciones de perjuicio de legítima en su caso o de complemento de la misma en otro, e incluso de rescisión de la partición realizada con quien se creyó que era heredero sin serlo – como no hubiese sido instituido por el causante- . En este caso procede deshacer lo hecho y si hubo actuación dolosa por parte del fiduciario, procederá también responsabilidad patrimonial. Si la filiación anulada por la sentencia, era del propio fiduciario, nos encontramos con mejoras a favor de un hijo no común, por lo que los perjuicios se limitan al respeto de los derechos de todos los legitimarios. Pero en este caso, también procederá la responsabilidad patrimonial por la actuación dolosa del

fiduciario

8.2 LA REVOCACION DE LA FIDUCIA.

Especial mención merece la revocación del cargo, que se contempla específicamente en el Derecho Foral Aragonés (443 del Código de Derecho Foral aragonés)), que permite que la fiducia sea revocada por el causante en testamento ó en Escritura Pública. Establece el artículo 443: << *Revocación del nombramiento. 1. El nombramiento del fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública. 2. El nombramiento del nuevo fiduciario producirá la revocación de los anteriores designados, a no ser que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente*>>.

El 831 CC guarda silencio sobre la revocación, pero es de sentido común que la delegación es esencialmente revocable mediante el otorgamiento de otro testamento. Lo que es más dudoso es la posibilidad de hacerlo en una Escritura Pública que no sea la del testamento. Entendemos que debe exigirse forma testamentaria por las siguientes razones: a) Porque si se exige esa forma para la institución, de la misma manera se debe exigir para su modificación o extinción. b) Por razones de guarda y custodia. El testamento es notificado al Registro General de Actos de Últimas Voluntades, dependiente de la Dirección General de Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia), y en consecuencia existirá una guarda de la reseña de los testamentos del causante y en especial del último de ellos. c) Por facilidad de revocación en su caso y eficacia práctica de la misma.

8.3- LA RUPTURA MATRIMONIAL. SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Lo contemplamos detalladamente en el capítulo relativo a los presupuestos de hecho (Capítulo VIII). En cuanto a la ruptura matrimonial, que se recoge también en las legislaciones forales (artículo 440.2 del Código de Derecho Foral de Aragón: << *Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación se encontrara en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin*>>.

De esa normativa, por analogía, se deducen los requisitos previos que exige el 831

CC: al faltar el requisito del matrimonio ó estabilidad de unión de hecho, se extingue la fiducia, porque se ha roto la relación de confianza entre los cónyuges. Tampoco se aclara en el 831 CC que ocurre con la reconciliación posterior entre cónyuges ó parejas de hecho; ¿se reactiva la fiducia ó ha quedado ineficaz y es necesario instituir la de nuevo?; GARRIDO MELERO⁷⁹ entiende que ha quedado ineficaz y no renace por el perdón ó reconciliación posterior sino que es preciso establecerla de nuevo; CÁMARA LAPUENTE⁸⁰ opina que se hace ineficaz pues participa de la naturaleza del poder y del contrato de mandato, en contra de LATORRE MARTINEZ DE BAROJA⁸¹ que cree que se produce una reactivación, por analogía con la fiducia aragonesa (si bien ésta tiene naturaleza de poder *mortis causa*).

En cambio, nada dicen las legislaciones forales (ni el 831 CC) de la separación de hecho. En el caso del Código Civil, es normal porque sólo contempla los eventos que se producen tras el fallecimiento del causante, pero no los anteriores. En cualquier caso, todas las legislaciones parten de la existencia de una sentencia firme ó al menos de la presentación de una demanda de separación; en buena lógica, si la relación de confianza se rompe, debe desaparecer la fiducia, pero para la privación de un derecho sucesorio es necesario acreditar la situación (la privación de sucesión *abintestato* por separación de hecho exige que conste en documento fehaciente y sin embargo no ocurre así con la cuota legal usufructuaria que la doctrina intenta incluir); por lo tanto, la fiducia del 831 se hará ineficaz en caso de separación de hecho que resulte acreditada en forma auténtica.

9. PERDIDA DE LAS CONDICIONES PARA SER FIDUCIARIO. LA INDIGNIDAD SUCESORIA DEL CONYUGE O PAREJA FIDUCIARIA.

La categoría de la indignidad está pensada para el caso de los sucesores y no para los ejecutores de última voluntad, ni para los que tienen concedida la delegación de mejorar y distribuir del artículo 831 CC. Ciertamente, los delegados del 831 CC, si son

⁷⁹GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente *more uxorio* y familia en el Código Civil de Familia y en la Ley Catalana de uniones estables de pareja”. La Notaría, Julio-Agosto 1998. (Pág. 35 y s.s.).

⁸⁰CÁMARA LAPUENTE, S. “Código Civil comentado”. Tomo II. Comentario al artículo 831. Editorial CIVITAS. 2011. (Pág. 932 y s.s.).

⁸¹LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. “De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación Aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXXIV-Volumen I. Pág. 883.

matrimonio, son también legitimarios aunque lo sean de cuota legal usufructuaria (si son parejas de hecho no). Pero por analogía, debe aplicarse a los delegados y esto supondría la ineficacia de la fiducia, ó con más exactitud la imposibilidad de su ejercicio⁸². También lo hemos estudiado en capítulo anterior (Capítulo IX) relativo a la capacidad del fiduciario.

La duda está en el momento de producción de la causa de indignidad. GARRIDO MELERO⁸³ entiende que es tanto antes como después del fallecimiento del causante, y en ese sentido explica «... pero también después de la muerte del mismo, cuando el fiduciario realice determinados comportamientos con relación al círculo íntimo del causante que en vida del mismo hubiesen sido considerados como indignos. En estos casos, más que una causa de indignidad nos encontramos con una causa de remoción...». En principio, no comparto esta opinión, pues las causas de indignidad son tasadas y se deben a circunstancias concretas que se producen en un momento determinado que es durante la vida del causante; y la capacidad del delegado se aprecia en el mismo momento de la de suceder, esto es en el instante de la apertura de la sucesión. Sin embargo, pesa en este caso, la naturaleza de la institución, ya que al ser un cargo de confianza, la persona que realiza un comportamiento indigno, no merece confianza alguna. Es por eso, que el sentido común pide que haya que aplicar esas causas a los fiduciarios, aunque sea como forma de remoción.

En este sentido, el artículo 462 del Código de Derecho Foral de Aragón, al igual que recogía de la Ley de sucesiones de Derecho Civil Aragonés establece: «*la condición de fiduciario se pierde... por incurrir el fiduciario, para con el causante ó sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación ó indignidad para suceder*». Nada dice de cuando se debe producir para ser causa de remoción, pero se deduce que se refiere a cualquier tiempo del ejercicio.

10.-EFECTOS PARA EL CASO DE EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA ANTES DE

⁸²RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina... (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial...” (Op. Cit. página 192).

⁸³GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente more uxorio y familia en el Código Civil...” (Op. Cit. Pág. 35 y s.s.).

HABER SIDO EJERCIDA LA MISMA.

En primer lugar, desde luego no se procede a la apertura de la sucesión intestada, sino que resultarán llamados a la herencia los nombrados por el causante en su testamento en la proporción en que fueron llamados y sin distinción de cuotas, al menos que otra hubiere sido la voluntad expresada del testador. Así, por ejemplo, si nombró herederos a todos sus hijos, sin más, con atribución de la facultad de fiducia al cónyuge, heredarán todos los hijos por partes iguales. Si instituyó a dos de sus hijos herederos en su legítima estricta, y atribuyó a los otros tres la posibilidad de ser mejorados como dispusiere el cónyuge fiduciario, fallecido que sea éste sin hacer uso de tal facultad, parece que heredaran los dos primeros en el tercio de legítima estricta; y los tres restantes, además de su legítima estricta, se entenderán mejorados por iguales partes entre ellos, en los tercios de mejora y libre disposición. La casuística puede ser interminable.

11.-EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PARCIAL O TOTAL DE LA FIDUCIA ANTES DE LA EXTINCIÓN ANTICIPADA.

El precepto, por escueto, en este punto, no nos resuelve que ocurrirá en el caso de que no habiéndose distribuido parcial o íntegramente el patrimonio del premuerto, cesen las facultades del viudo. En principio, salvo que los hijos interesados acuerden otra cosa, se cumplirá el testamento del finado en todas sus disposiciones y mandas, para a continuación distribuir el resto del patrimonio del premuerto conforme las reglas de la sucesión intestada.

El problema que se plantea es el de la consideración que hay que dar a las distribuciones y mejoras ya efectuadas por el viudo con anterioridad a la producción de la causa de cesación; una solución es mantenerlas y considerarlas como mejoras, mientras que otra es tenerlas por atribuciones imputables a la cuota del adjudicatario; en definitiva, calificarlas de mejora ó en otro sentido, de anticipo de sus haberes en la partición. A mi juicio, como ya he sostenido anteriormente, las causas de cesación son equiparables a las caducidades, no producirán efecto retroactivo y valdrán las disposiciones hechas por el cónyuge supérstite hasta el momento en ejercicio de su facultad⁸⁴.

⁸⁴RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia... (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. (Op. Cit. página 191).

Los problemas se originan por las liquidaciones parciales hechas por el viudo durante la vigencia de la facultad, pensando en la armonización de éstas con su propio patrimonio; si no se completa la última, lo hecho hasta entonces producirá injusticias y además no será acorde a la voluntad del testador. Esto sólo se resolverá si la liquidación tiene lugar al fallecimiento del viudo, de manera que la liquidación de ambas herencias sea de forma sincronizada, y sobre todo evitando el injusto cambio de criterio de tiempo de valoración de los bienes hereditarios⁸⁵.

Será válida la distribución ó mejoras hechas en la medida en que no perjudiquen las legítimas, y el resto de los bienes serán distribuidos por los herederos, tal cual si se tratase de una partición ordinaria y de acuerdo con las disposiciones del causante en el testamento⁸⁶.

Igualmente, si el supérstite facultado para la distribución, no la hizo completamente antes de la expiración del plazo, se hará la partición en forma ordinaria, de acuerdo con las instrucciones del testamento. No obstante, los artículos 20 y 21 de la Compilación Balear establecen de forma precisa la institución y distribución de bienes para ese caso, tanto si esa no se realizó, como si se verificó parcialmente. Establece el artículo 20 << *Si el distribuidor dejare de efectuar, por cualquier causa, la distribución o elección, se estará a lo previsto en el testamento, a falta de disposición especial, se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador, o, en su caso, del propio heredero o legatario distribuidor que, sobreviviendo al distribuidor que el encargo comporte elección, hubieren sido determinados individualmente por su nombre o circunstancias, y, en su defecto, los más próximos parientes en grado entre los genéricamente indicados por el testador. En el supuesto de que los citados parientes fueren hijos o sobrinos del causante o del distribuidor, entrarán en lugar del fallecido, aunque hubieren sobrevivido al testador, sus descendientes por estirpes* >>.

Así pues, la doctrina foral se debate en la cuestión de la posible falta de personas elegibles para realizar en encargo y fiducia; algo que no tiene cabida en la contemplada en el 831 CC, ya que sólo será el cónyuge viudo quien pueda desarrollar la función (a

⁸⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831...”. (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. (Op. Cit. página 191).

⁸⁶RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. (Op. Cit, en página 193).

diferencia de las fiducias forales, en las que la estructura y contenido es muy distinta y más amplia, ya que no están basadas en el principio de confianza entre cónyuges, sino en el de jerarquía familiar y control troncal de los bienes, lo que incluye en el elenco de posibles fiduciarios a diversas capas del ámbito familiar). Esa doctrina, busca órdenes de sucesión en el ejercicio de la fiducia, para que la falta de distribuidores sea sustituida por un llamamiento legal. Pero no es nuestro caso, porque es una figura distinta de la concedida por el artículo 831 CC⁸⁷.

12.-LA RENUNCIA.

En los derechos forales hay una regulación escueta pero concreta. La Ley Vasca (sólo para el derecho vizcaíno en este caso) dice que el cargo del fiduciario es voluntario y gratuito (art. 39 Ley Dº Civil País Vasco), y por lo tanto renunciabile. En el Fuero Nuevo de Navarra se admite expresamente la renuncia en la Ley 288; en el mismo sentido el derecho catalán (artículo 424.3) que establece << *Falta de elección o distribución. Si el cónyuge o conviviente superviviente muere sin haber hecho la elección o la distribución, o renuncia en escritura pública a la facultad de hacerlas, se aplica, si procede, lo establecido por el artículo 424.5, si no procede, se defiere la herencia a los hijos por partes iguales, y en el lugar del premuerto entran sus descendientes por estirpes. Si no existen descendientes, los herederos del premuerto solo pueden reclamar la legítima que habría correspondido* >>

El derecho aragonés (artículo 462 d, Código de Derecho Civil de Aragón), establece << *Por renuncia del fiduciario. Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación* >>.

En el 831 CC no se regula, pero se deduce de su espíritu y carácter voluntario para el fiduciario. No obstante, se plantean algunas cuestiones en torno a la renuncia⁸⁸.

a).- La posibilidad de la renuncia posterior. La cuestión es si sólo cabe la renuncia previa al ejercicio del cargo ó también una vez comenzado éste y desempeñado en parte. No se contempla en ninguna de las normas forales y desde luego no se menciona en el

⁸⁷RUEDA ESTEBAN, L. “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y...”. (Nota anterior, en página 193).

⁸⁸RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (Nota anterior, en página 193).

CC; parte de la doctrina ha creído posible la renuncia posterior y una vez empezado el ejercicio, por analogía a la tutela (GARRIDO MELERO⁸⁹), pero no compartiremos esta opinión porque son instituciones de distinta naturaleza. En cambio, si compartimos la posibilidad de pactar estas situaciones en el otorgamiento de testamento, lo que sería conveniente a juicio de VENTOSO ESCRIBANO⁹⁰.

En el caso de admitir la renuncia posterior, se cuestionarán las actuaciones del fiduciario hechas con anterioridad; para GARRIDO MELERO⁹¹ son válidas esas actuaciones y penderá la partición del resto de la herencia; en cambio, en derecho aragonés sólo se contempla la eficacia de actos hechos antes de la remoción del cargo por causas ajenas a la voluntad del fiduciario y en consecuencia no resulta aplicable en caso de renuncia. A mi juicio, no debería admitirse la renuncia posterior, salvo por causas ajenas a la voluntad del fiduciario, porque nos encontramos ante algo que ampara más que una facultad, y que conlleva responsabilidad del ejercicio⁹².

b).- Renuncia promovida. Es una forma de remoción para el caso de que el fiduciario fuese negligente en el ejercicio de su cargo; será muy raro que exista, pues fuera de los casos en que se haya producido una manifiesta injusticia en la utilización de la delegación, (en cuyo caso procederán las acciones de suplemento oportunas) no habrá quien pueda pedir explicaciones al supérstite sobre la forma en que ha mejorado ó distribuido. No hay jurisprudencia sobre esto, ni es fácil que se produzca, y sólo se admite en la fiducia balear, que acepta esa remoción en los mismos casos que la tutela⁹³.

13.-LA CUESTIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL FIDUCIARIO.

Guarda silencio absoluto el texto del 831 CC respecto de si la delegación y encargo son o no retribuidos. Solo menciona facultades que se conceden, requisitos para su ejercicio y límites de las legítimas. Pero no habla re remuneración ni compensación para el fiduciario. Tampoco lo prohíbe.

⁸⁹GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio conviviente *more uxorio* y familia en el Código Civil de Familia y en la Ley Catalana...” (Op. Cit. Pág. 35 y s.s.).

⁹⁰VENTOSO ESCRIBANO, A. “Convivencia *more uxorio*” A.A.M.N. Tomo XXXVIII. (Página 318).

⁹¹GARRIDO MELERO, M. “Matrimonio...” (Op. Cit. Pag. 41 y s.s.).

⁹²RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria...” (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar...” (Op. Cit. página 194)

⁹³RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del... (Op. Cit. pag 981 y s.s.). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus...” (Op. Cit. nota anterior, en página 194).

Ciertamente el causante podrá ordenar en su testamento algún legado a favor del fiduciario, sea mencionado como compensación o no. La primera cuestión que nos planteamos es si en el caso de renuncia a la fiducia antes de ejercerla, perderá el legado. Indudablemente, depende de la forma en que esté instituido el legado, que de ser condicionado por el testador al ejercicio de la fiducia no ofrecerá duda de su extinción en caso de no aceptarla. Otra cosa es que el nombramiento del delegado vaya acompañado por un legado sin que la aceptación o renuncia del encargo vincule la del legado, en cuyo caso no parece que lo uno exija lo otro. Es más aún, lo normal es que la concesión de la delegación se vea acompañada con un legado de usufructo a favor del fiduciario, con lo que obtendrá suficiente premio con los frutos y rendimientos del caudal hereditario, sobre todo, si la fiducia es vitalicia. En este caso, es cuestionable que esté el fiduciario obligado a aceptar el ejercicio de la fiducia, ya que nos parece difícil la aplicación analógica de los artículos 889 y 890 CC para el supuesto concreto, ya que no se trata de dos legados distintos –uno oneroso y otro gratuito- ni tampoco de un legado condicionado al ejercicio de la fiducia.

La cualificación del fiduciario como contador partididor excepcional –con muchas más facultades, como sostuvimos en el capítulo X- hace que busquemos algo parecido en la figura contemplada en el artículo 1057 CC, pero en este tampoco se menciona ni prohíbe remuneración alguna. Esto nos lleva a la aplicación supletoria del albaceazgo, que en el artículo 908 CC tampoco nos resuelve las dudas sobre la cuestión: *“El albaceazgo es un cargo gratuito. Podrá sin embargo el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos”*.

En parecidos términos se expresa el Código Civil para el contrato de mandato (artículo 1711 CC): *“A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito”*.

Así pues, será la voluntad del testador la que impere en esta cuestión, y a falta de esa se supondrá gratuito. En definitiva, se trata de una cuestión de confianza, y esa no tiene precio. De nada sirve en este caso el párrafo segundo del artículo 1711 CC (*“Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo”*), porque la delegación del 831 CC no es una actuación profesional sino una actuación de confianza. Tampoco cabe la aplicación del 1729 CC (indemnización al mandatario-fiduciario de

los perjuicios ocasionados en la ejecución del mandato) porque el mandante está fallecido.

En conclusión, será gratuito salvo las previsiones de premio o remuneración que haya hecho el testador, si bien existirá para estas un límite: ninguna disposición del causante a favor del delegado, unida a las mejoras del mismo, podrán superar los límites y barreras que preservan la legítima de los hijos o descendientes.

En las legislaciones forales se recoge una regulación aunque no detallada, pero, desde luego, más concreta que el 831 CC, por lo que nos sirven de orientación y ejemplo. El artículo 39 de la Ley de Derecho Foral del País Vasco (Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco) establece: “*El cargo de comisario es, en todo caso, voluntario y gratuito, y sus facultades, mancomunadas o solidarias, son personalísimas e intransferibles*”. Por lo tanto no presenta dudas respecto a su gratuidad.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, sobre el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a Sucesiones, en su artículo 424.4, en el ámbito de la designación del heredero por fiduciario, recoge que: “*....la persona o las personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo*” Y el artículo 424.6, letra c), en sede de la designación del heredero por los parientes, establece que: “*el cumplimiento del encargo es gratuito, pero da derecho al reembolso de los gastos causados*”. En cuanto a los herederos de confianza, recoge el mismo texto legal en el artículo 424.12 que “*....2. Tanto los herederos como los legatarios de confianza tienen derecho al reembolso de los gastos causados por el ejercicio de su cometido y a percibir la remuneración que les haya asignado el testador, o si no les ha asignado ninguna, a percibir entre todos el correspondiente al 5 % del valor del activo hereditario líquido o del legado objeto de la confianza o rentas líquidas, mientras dure la administración*”.

En Aragón, el artículo 440 del Código de Derecho Foral (Dto. Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), establece “*...el encargo es voluntario y gratuito, salvo que el causante hubiese previsto que fuera retribuido; las facultades del fiduciario se entenderá que tienen el carácter de personalísimo*”.

El Fuero Nuevo de Navarra recoge en la Ley 281, que se someterá la figura, en primer lugar a los usos y costumbres del lugar, y en la Ley 294 (referida a la herencia de confianza) establece: “*Retribución. El heredero fiduciario, aunque haya recibido cualquier liberalidad del testador se entenderá facultado por el mismo, de no haber*

éste dispuesto otra cosa, para asignarse con cargo a la herencia o a sus frutos, la retribución que estime adecuada a su trabajo”.

En conclusión, impera la voluntad del causante manifestada en testamento, (salvo en el País Vasco) y en defecto de esa, se supone el encargo gratuito, salvo en Cataluña, que tiene una especial regulación para los herederos de confianza, como hemos visto.

CONCLUSIONES

1.- El artículo 831 CC, como primera opción para el plazo del ejercicio de la fiducia ha marcado la voluntad del causante y después, un plazo supletorio y legal, que se ha alargado a dos años desde la apertura de la sucesión ó emancipación del último de los hijos comunes. Las reglas que van a regir el plazo para el ejercicio de la fiducia son las siguientes:

a) El causante podrá fijar en testamento el plazo que desee, y que será forzoso para los herederos y voluntario para el facultado, que puede agotarlo a su voluntad.

b) Si no se ha fijado plazo, se aplicará como supletorio el señalado por el artículo 831 CC (dos años desde la apertura de la sucesión ó en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes).

c) En caso de haber ordenado en testamento el causante, que continúe la comunidad en su herencia en los términos del artículo 1051.2º CC, se podrá tener éste por plazo impuesto indirectamente por el testador (puesto que resulta de su voluntad).

d) De la misma forma, si el causante de conformidad con el artículo 820 CC n º 3 ha designado a su cónyuge como usufructuario universal, éste podrá ejercitar su facultad durante el tiempo que dure el usufructo, ó sea su vida.

e) Por último, cabe otra forma de plazo tácito, que es autorizando al cónyuge superviviente a ejercer su facultad exclusivamente mediante actos *mortis causa*, en cuyo caso tendrá toda su vida para realizar la comisión en el último testamento.

2.- Plazo señalado por el testador. El testador es completamente libre para señalar el periodo de tiempo corto o largo, que estime conveniente para el ejercicio de la facultad. Así, podrá establecerse que el cónyuge superviviente por actos *mortis causa*, ejercite su facultad en su propio testamento, conjuntamente con sus propios bienes y los del fiduciante. En estos casos, el cónyuge fiduciario tendrá el plazo que le haya asignado el testador, plazo que puede ser incluso por toda la vida del superviviente en el caso de que le autorice expresamente a hacerlo así. Pero cabe también hacerlo de forma presunta con la

autorización a ejercer la fiducia mediante actos de última voluntad del fiduciario, con lo que hasta el momento de su fallecimiento no se conocerá cuáles son esos. Esto, a menos que por actos *inter vivos* se hubiesen agotado la totalidad de los bienes sometidos a la delegación de distribuir. En este caso, habría quedado extinguida por agotamiento del encargo mediante actos no revocables. Otra cosa es que se hubiese hecho esa ejecución mediante actos de última voluntad, que son esencialmente revocables y hasta el fallecimiento del fiduciario no se puede conocer cuál sea el resultado de esa distribución.

3.- Si el testador no señaló plazo, pero atribuyó al supérstite la facultad de usar la fiducia en su propio testamento, el plazo se entiende que es por toda la vida del cónyuge fiduciario. Si se señaló como plazo toda la vida del fiduciario, sin prohibirle expresamente el uso de su testamento como medio para poner en práctica la fiducia, esto equivale a atribuirle la posibilidad de usar su propio testamento para instrumentar esta facultad.

4.- Si el testador no señaló plazo ni la atribución de realizar la ejecución en el propio testamento del fiduciario, tendrá el plazo de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del menor de los hijos comunes. Así pues, el plazo señalado subsidiariamente por la Ley que es distinto según existan o no hijos comunes no emancipados.

5.- Hay un plazo de eficacia que comienza con la apertura de la sucesión, sin que el momento de la emancipación del último de los hijos comunes pueda impedir que antes el fiduciario ejercite la fiducia. Así pues, el tiempo en que la delegación puede ser actuada eficazmente, empieza en el momento de la apertura de la sucesión, sea cual sea la edad y situación de los hijos y que desde ese momento puede el fiduciario llevar a cabo alguno de los actos tendentes a cumplir con su encargo. Si bien, en la práctica, no podrá ejercitar la fiducia hasta el momento que pueda conocer con seguridad que el testador le ha otorgado dicha facultad, que dependerá de la apertura y conocimiento que del contenido del testamento tenga ese fiduciario, por lo que se reservarán para un momento posterior otras actuaciones. Y el plazo a efectos de su caducidad, esto es, para determinar la finalización del plazo, comenzará en esa apertura de sucesión si todos los hijos mayores de edad y con la emancipación del último de ellos que la alcance, y concluirá a los dos años desde ese momento. No hay que confundir el plazo concedido, o en su defecto el plazo legal, con el plazo de eficacia, pues si, por ejemplo, no se

concede plazo al fiduciario y debemos aplicar el plazo legal, el plazo concedido habrá que considerar que es de dos años, pero el plazo de eficacia de la fiducia será de dos años más los años que transcurran desde la muerte del concedente hasta el momento de la emancipación del último de los hijos comunes.

6.- Habiendo hijos comunes, debe esperarse hasta la emancipación (en sentido amplio) del menor de ellos, y contar desde entonces dos años, pues hasta ese momento no se habrá clarificado el panorama familiar y el fiduciario tendrá mayores elementos de juicio para hacer un adecuado reparto de los bienes del premuerto. Por el contrario, no habiendo hijos comunes menores o incapacitados, el plazo de dos años cuenta desde la apertura de la sucesión, y se computa desde ese momento, pero en la práctica no se podrá ejercitar sino desde un momento posterior.

En la práctica, el plazo de ejercicio, aunque comienza en el momento mismo de la apertura de la sucesión, es preciso cumplir los pasos y trámites legales de conocimiento de la existencia del testamento y saber que efectivamente no hay otro posterior que haya cambiado algo; hasta ese momento, el fiduciario ignora sus facultades e incluso el comienzo y duración del plazo.

7.- Son cosas distintas el señalamiento de un plazo y los sujetos mejorables: el plazo opera en relación con los hijos, pero dentro de él se puede mejorar a los nietos. En tal caso el precepto se desvincula de su *ratio* por lo que se refiere a los nietos, ya que no se podrían apreciar sus cualidades. Con ello el precepto se convierte en un instrumento de sujeción de los hijos, pero no de los nietos.

8.- El término de dos años fijados por la Ley, no representan un mínimo, que no pueda desconocer el fiduciante en el caso de que establezca él su plazo voluntario.

9.- Si el causante ha ordenado el usufructo universal a favor del viudo, al amparo del artículo 820-3º CC, combinado con la concesión de la delegación del artículo 831 CC, implica también la posibilidad de ejercicio de la fiducia por el supérstite durante toda su vida.

10.- El texto prescinde de la necesidad de conocimiento por parte del fiduciario de su condición de tal, o lo que es igual, de su nombramiento.

11.- Estamos ante dos los plazos legales. El primero de ellos, para el caso de no existencia de hijos comunes menores de edad. Si no existen hijos menores comunes, el viudo o viuda dispone de dos años contados desde la apertura de la sucesión. Ésta coincide con el fallecimiento del causante y, en el supuesto de declaración de

fallecimiento de éste, con el momento en que el auto judicial reputa ocurrida la muerte con las correspondientes retroacciones. El segundo plazo, en el supuesto de existir hijos menores comunes, dispone el Código civil que el plazo legal se computará desde la emancipación del último de ellos.

12.- La producción de ulterior matrimonio es causa de extinción de la fiducia. La desaparición del matrimonio ulterior, no impide que la causa de extinción se haya producido y por lo tanto nos encontramos con la cesación de la facultad de mejorar, aún cuando lo que dio lugar a ella se hubiese disuelto bien sea por divorcio, nulidad ó incluso por nueva viudedad. Por lo tanto se extingue la fiducia.

13.- La relación de hecho del cónyuge supérstite produce la pérdida de confianza concedida por el finado y por lo tanto la extinción de la fiducia. No basta una relación esporádica, sino que debe ser una relación de hecho análoga a la matrimonial, esto es, cumpliendo el requisito ya analizado de la *affectio maritalis*, que si era exigida para la subsistencia de la fiducia, lo será también para su extinción.

14.- La tenencia de algún hijo no común es causa de extinción de la fiducia. Se refiere a los que hayan sido tenidos con posterioridad al fallecimiento del causante que no lo sean hijos póstumos del mismo. Lo que supone que hubo una relación, que si no llegó a ser de hecho con la habitualidad que conlleva, lo fue al menos esporádica, pero de la intensidad suficiente para dar a luz un hijo no común. Creemos que una de las razones para pensar que se pierde la confianza, es que el supérstite se “distrae” de su actuación como fiduciario por tener una pareja nueva (de hecho o matrimonio) que necesita de su atención. Una mera relación esporádica no distraerá tanto, pero es evidente que un hijo distrae absolutamente. Por lo tanto se extingue la fiducia. En este caso, es dispensable, pero la dispensa debe ser expresa, y se hará por mención específica en el testamento y no deberá dejar lugar a dudas de que la voluntad del causante fue la de la subsistencia de la fiducia no obstante la existencia de un hijo posterior no común.

15.- El 831 CC guarda silencio sobre la revocación, pero es de sentido común que esa es esencialmente revocable mediante el otorgamiento de otro testamento.

16.- Si la relación de confianza se rompe, debe desaparecer la fiducia, por lo tanto, la fiducia del 831 se hará ineficaz en caso de separación de hecho que resulte acreditada en forma auténtica.

17.- La indignidad del fiduciario hace perder sus derechos a la legítima y otros hereditarios, por lo que también supondría la ineficacia de la fiducia, ó con más

exactitud la imposibilidad de su ejercicio.

18.- Los efectos para el caso de extinción de la fiducia son que resultarán llamados a la herencia los nombrados por el causante en su testamento en la proporción en que fueron llamados y sin distinción de cuotas, al menos que otra hubiere sido la voluntad expresada del testador.

19.-En el caso de la extinción de la fiducia, habiéndose distribuido parcial o íntegramente el patrimonio del premuerto, cesan las facultades del viudo. En principio, salvo que los hijos interesados acuerden otra cosa, se cumplirá el testamento del finado en todas sus disposiciones y mandas, para a continuación distribuir el resto del patrimonio del premuerto conforme las reglas de la sucesión intestada. Será válida la distribución ó mejoras hechas en la medida en que no perjudiquen las legítimas, y el resto de los bienes serán distribuidos por los herederos, tal cual si se tratase de una partición ordinaria y de acuerdo con las disposiciones del causante en el testamento.

20.- El ejercicio de la fiducia será gratuito salvo las previsiones de premio o remuneración que haya hecho el testador, si bien existirá para estas un límite: ninguna disposición del causante a favor del delegado, unida a las mejoras del mismo, podrán superar los límites y barreras que preservan la legítima de los hijos o descendientes. El causante podrá ordenar en su testamento algún legado a favor del fiduciario, sea mencionado como compensación o no. Lo normal es que la concesión de la delegación se vea acompañada con un legado de usufructo a favor del fiduciario, con lo que obtendrá suficiente premio con los frutos y rendimientos del caudal hereditario, sobre todo, si la fiducia es vitalicia. El fiduciario, incluso en este caso, no está obligado a aceptar el ejercicio de la fiducia.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO (XIV). LA APLICACIÓN COMBINADA DE LA FACULTAD PARTICIONAL DEL ARTÍCULO 1056 2) DEL CÓDIGO CIVIL CON LA DELEGACIÓN DEL 831. INTRODUCCIÓN.

1.-INTRODUCCIÓN: LA ADJUDICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR TRAS LA LEY 7/2003, DE 1 DE ABRIL, DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA.

En el año 2003 se produjo la publicación de dos leyes importantes por lo que se refiere a las modificaciones de algunos preceptos del Código Civil, que afectaron o podrían afectar, según su interpretación y aplicación, a la naturaleza de la legítima y su intangibilidad. Es así que alguna parte de la doctrina¹ empezó a utilizar el término de la llamada “tangibilidad de la legítima”.

Estas leyes fueron por una parte la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la que entre otras disposiciones, establece en la Disposición final primera lo siguiente: <<Modificaciones del Código Civil. Se introducen las siguientes modificaciones en el Código Civil: 1. Se modifica el artículo 1056, párrafo segundo, que pasa a tener la siguiente redacción: *«El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se*

¹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/ 2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad”. En “Familia y Discapacidad”. Reus 2010. (página 18).

hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844». 2. Se modifica el párrafo segundo del artículo 1271 en los siguientes términos: *«Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.»* 3. Se modifica el artículo 1406.2º CC en los siguientes términos: *«2º La explotación económica que gestione efectivamente»>>>.*

Por otra parte está, la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre de creación del patrimonio protegido y sobre protección de discapacitados y modificación del C.c. en materia de sucesiones y autotutela. En la exposición de Motivos de esta Ley, en el apartado IX letra d) ya se anuncia la gran modificación y el empleo de la institución que nos ocupa, que había estado dormida durante tantos años: *<< Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí...>>.*

Como consecuencia de estos Motivos, se da una redacción nueva al artículo 831 del Código Civil, que ya hemos tratado anteriormente.

Así pues, el panorama de las posibilidades de suavizar la intangibilidad de la legítima se vio profundamente alterado, si bien con la publicación de la reforma del art. 831, la importancia que había tenido la del 1056, 2) CC quedó relegada a segundo plano, ya que las facultades que concede la fiducia que nos ocupa (831 CC) son notablemente superiores a la cláusula particional que se reguló para el párrafo segundo del 1056 CC. No obstante, nos atreveremos a matizar algunos campos en los que la cláusula particional del art. 1056, a pesar de su mayor limitación, puede actuar mejor que la fiducia del artículo 831 CC. Para

esto analizaremos en primer lugar el texto del 1056 CC, después las diferencias entre ambos y concluiremos con el estudio de si en la delegación del 831 CC, cabe que el causante conceda al fiduciario la facultad de utilizar en la ejecución de la fiducia la adjudicación particional del art. 1056, 2 CC).

2.- BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES HISTORICOS. PRECEDENTES Y EVOLUCION DEL ARTÍCULO 1056, 2) CC

La norma del artículo 1056, 2) CC en su sentido excepcional y peculiarísimo apareció por primera vez en el Anteproyecto 1882-1888 del Código Civil, respondiendo al interés del legislador por la conservación de las explotaciones -en especial agrícolas y fabriles-, como consecuencia de una inquietud económica y social.

En el Proyecto de 1851, el artículo 899 -que contenía la esencia del actual 1056 CC- no contemplaba el supuesto peculiar del segundo párrafo que hoy nos ocupa. Pero en el Anteproyecto 1882-1888 se añadió este párrafo segundo, que junto con la partición hecha por el testador formaron un artículo 1073 cuyo contenido adoptó en el texto definitivo la numeración 1056, redacción con la que se conoció hasta el año 2003: *“el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”*. Esta redacción era concisa, pero a la vez precisa y elegante.

Pero esto no significa que el 1056, 2) CC no hubiese tenido otros precedentes: en las leyes de Toro (leyes 19 y 20) se permitía que el testador señalase cosas singulares *“en las que se pudiera satisfacer la mejora de tercio o quinto”*. Ya la partida 6, 10-2 permitía al heredero extraer su legítima de *“... la cosa, si esta fuere tal que se pudiera partir sin daño y sin mal”*. Luego *a sensu contrario* se podía entender la indivisión. El artículo 650 de orden del Proyecto de 1851 conformaba el actual artículo 821 del Código Civil, que ya establecía que el legado que no admitiera cómoda división permitía un *“abono del respectivo haber en dinero”*. También el artículo 681 de orden del Proyecto de 1851, conformaba el artículo 829 del Código Civil: *“mejora en cosa determinada, que en caso de exceso del tercio, se resuelve abonando la diferencia en metálico a los demás interesados”*.

La doctrina lo trató con fluidez. Por ejemplo, BALDO y BÁRTOLO DE SAXOFERRATO², también lo aplicaron, entendiendo que “*si la cosa donada no pudiera dividirse cómodamente y excediera del valor del tercio, quinto y legítima del mejorado, podría dársele una preferencia para adjudicársela en licitación*”. En definitiva, el sentido del 1056, 2) CC antes de la reforma del 13 de Mayo de 1981, se concebía por los maestros de la doctrina de finales del siglo XX de la siguiente forma:

Para VALLET DE GOYTISOLO³, el párrafo segundo del artículo 1056 CC, era la extensión de la doctrina recogida en los artículos 821 y 829 del Código Civil a las explotaciones agrícolas, industriales o fabriles, pero “sin exigir licitación” y “por decisión del padre en interés de la familia”, con otra peculiaridad más, que era la de considerar cosas que no admitían cómoda división a dichas empresas.

Para CAMARA ALVAREZ⁴, el artículo 1056, 2) CC constituía uno de los casos excepcionales en que podía pagarse la legítima a hijos o descendientes con metálico extrahereditario, excepción rara a la “*pars bonorum*” que presidía cualquier concepción de la naturaleza de la legítima del derecho civil común.

A *sensu contrario*, se debía entender que en el resto de los casos la legítima sería pagada en bienes hereditarios.

Tras la reforma del CC de 13 de Mayo de 1981, la excepción del 1056, 2) pasó a ser un actor de segunda fila, pues con la posibilidad del pago de la legítima en metálico recogido en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, se abrió un nuevo campo a la transmisión de la empresa. Es en ese momento, cuando la doctrina se cuestionó si el artículo 1056, 2) CC era absorbido, entonces, por la normativa de los artículos 841 CC y siguientes o si constituía una situación excepcional.

En conclusión, al concederse en los artículos 841 CC y siguientes, con carácter general, la facultad del pago de la legítima en metálico, adjudicando bienes hereditarios a uno de los hijos o descendientes, la consecuencia era que el artículo 1056 2) perdía gran parte de su

²BALDO UBALDI Y BARTOLO DE SAXOFERRATO. Juristas del Siglo XIV. “Comentarios a la ley Saucimus” en “Comentarios al Codex”. Referencias 8,54, 34. “Comentarios al Corpus Iuris Civilis” por Baldo Olegli Ubaldi. Tomado de la traducción de María Ada Benedetto. Edición de 1958. “Bartolo de Sassoferrato. Iu Novissimo Digesto Italiano”. Vol.2 ISBN: 88-02-01797-2. (Pág. 276 a 280).

³VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056”, Revista General de Derecho-1946 (Pág. 673 y s.s.).

⁴CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico. Centenario de la Ley Notarial-1962. (Pág. 860 y s.s.).

excepcionalidad y trascendencia. Ya se podía utilizar la nueva vía del artículo 841 CC, sin necesidad de justificar el interés de la familia ni que se tratase de una explotación agrícola, fabril o industrial. Si bien los artículos 841-847 CC exigían el cumplimiento de ciertos requisitos como garantía del derecho de los legitimarios perceptores del metálico.

No obstante con CAMARA ALVAREZ⁵ y VALLET DE GOYTISOLO⁶, -quienes entendieron que los casos de los artículos 841 a 847 del CC y del 1056, 2) CC eran figuras independientes-, es conveniente analizar someramente (pues luego nos servirá para comprobar la innovación en este campo de la Ley de Sociedades Limitada Nueva Empresa) las diferencias entre los dos sistemas de excepción a la *pars bonorum* antes del 2003, - artículos 841 y 1056 2 CC-.

La regulación de los artículos 841 a 847 del Código Civil, concede una facultad: “podrá adjudicar” y “también corresponderá la facultad de pago en metálico” -artículo 841 CC-, y del artículo 842 CC se deduce que el adjudicatario de los bienes puede exigir que la cuota sea satisfecha en bienes de la herencia (luego puede entrar el metálico extrahereditario). En esa primera línea, la frase “ordenando que se pague en metálico”, se entiende para el caso de que el adjudicatario acepte.

Además, el mecanismo de los artículos 841 CC y siguientes no responde a razón objetiva alguna. Es el testador quien directa o indirectamente (o a través del contador partidor) decide de acuerdo con criterios exclusivamente subjetivos – el llamado “buen criterio del testador”.

La regulación del artículo 1056, 2) CC, antes de la reforma del 2003, era distinta: Había una imposición del testador, luego era imperativa. El adjudicatario no podía escoger entre quedarse con la explotación o partir la herencia: debía cumplir la adjudicación forzosa para evitar la partición que abocaría a un reparto y venta de la explotación, que es lo que precisamente quería evitar el causante.

Recuérdese en este sentido, que el artículo 1056, 1) CC en apoyo de su segundo párrafo habla de que “*se pasará por ella...*”.

La regulación del artículo 1056, 2) CC anterior, respondía a un fundamento o razón objetiva, que era que “*la explotación se conservara indivisa en interés de la familia*”.

⁵CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico” Op. Cit. (Pág. 860 y s.s.).

⁶VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056” (Op. Cit. Pág. 674 y 675).

Además la crítica de CAMARA ALVAREZ⁷ fue pragmática (ni siquiera en la nueva regulación se ha resuelto); el artículo no preveía medidas tendentes a evitar que el adjudicatario pagase a los demás interesados y luego vendiese la explotación burlando el interés de la familia. No olvidemos que puesto que no se puede gravar la legítima, tampoco se pueden imponer prohibiciones a la disposición de la explotación.

En resumen, el artículo 1056, 2) CC evitaba que en principio se deshiciese la explotación como consecuencia de la partición, pero no aseguraba la continuidad en interés de la familia a posteriori. Nos cuestionaremos más adelante si es posible pensar que en realidad no se estaba contemplando sólo el interés de la familia, sino también la voluntad del testador. Realmente, el problema de este precepto, como analizaremos posteriormente, siempre fue que no se viese bien cual es el interés de la familia en general, si que se conserve indivisa la empresa que sea, cuando ya sus miembros no serán titulares de la misma, o si única y exclusivamente el interés del testador en poder decidir quien es el sucesor que a su juicio mejor gestionará la empresa. Ese interés de la familia puede venir determinado por situaciones de control, piénsese en el caso de que no se tenga el paquete mayoritario de acciones y por tanto no se controle la empresa, o bien que los herederos tengan su propio paquete de acciones y se beneficien si éstas suben en su cotización. La mención del artículo 1056 CC al interés de la familia, puede darse también en diferentes situaciones: por ejemplo, porque la empresa en lugar de dejarse a un solo sucesor se deje a los de una sola rama, o que aunque no sean titulares de la empresa, si permanece produciendo dentro de la familia se les siga algún beneficio, como podría ser, si son varios los miembros de la familia que desarrollan su actividad profesional o trabajan dentro de ella; o incluso otras motivaciones, como beneficios sociales indirectos, como el simple prestigio social de la familia. A nuestro juicio, como matizaremos, el interés de la familia es algo relativo y que depende de apreciaciones subjetivas del testador.

La redacción dada en el año 2003 al párrafo segundo del artículo 1056, planteó dudas sobre si se corrigieron aquellas deficiencias o siguió en la misma línea.

La ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa en su disposición final primera, hace algunas modificaciones del Código Civil y entre otras da nueva

⁷CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico”. (Op. Cit. Pág. 862 y 863).

redacción al artículo 1056, 2) del Código Civil en los términos que vimos antes: “*El testador que en atencióny en el párrafo primero del artículo 844*”.

Nunca había tenido el artículo 1056, 2) CC una redacción tan larga, detallada y aglutinadora de las tendencias doctrinales de los últimos cincuenta años. -Y a mi juicio tan farragosa como peligrosa en su interpretación.- Pero es evidente que no fue esa la intención del legislador de la génesis de la norma, sino exclusivamente la del redactor técnico de la misma. De la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, Sociedad Limitada Nueva Empresa, se deduce la *ratio legis* del precepto, al menos en su génesis; “*resolver tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión mas adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual...*”

En definitiva, se intentan solucionar tres problemas de las empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios como consecuencia de la partición hereditaria y la supervivencia de la sociedad derivada de la sucesión generacional.

El legislador, probablemente preocupado por la economía y las normas mercantiles (ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada), porque parece que solo éstas (a su juicio) eran las que ordenaban “la Empresa”, tuvo que recoger en la Ley 7/2003, una modificación de tres artículos del Código Civil, aprovechando la “cualidad” de la norma para aglutinar toda la doctrina que hemos visto y que durante los últimos años había criticado e interpretado la posibilidad del mantenimiento de la empresa familiar o establecimiento mercantil o industrial. Modernizó el artículo 1406, 2) CC. Añadió una coletilla al artículo 1271 CC, y dio una nueva redacción al artículo 1056, 2) CC.

Esta solución, por si sola sería alabable, sino fuera porque el mismo legislador en su afán innovador dio un paso más, pero en este caso excesivo, hacia el cambio de la naturaleza de la legítima, sin concitar todos los sectores civilistas. Es evidente que se dejó tentar por el espíritu de algunas disposiciones forales, para acercarse aún más a la absoluta libertad de testar, estableciendo una excepción más a la intangibilidad de la legítima.

Por eso mismo, sabedor de la importancia de la reforma, añadió en la Exposición de motivos que: “*estas modificaciones aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme el artículo 149.1.8ª de la C.E., se realizan atendiendo,*

además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado”. Aunque lo llamó integración, era un principio de acercamiento. En definitiva, el 1056, 2) CC en sus orígenes era una excepción extraordinaria al sistema “*pars bonorum*”; tras el 13 de mayo de 1981, perdió aparentemente su excepcionalidad, convirtiéndose en un caso especial o peculiar en el cual, para obtener los mismos resultados que con los artículos 841 CC y siguientes de pago de legítimas en metálico, no era necesario, por criterio doctrinal cumplir los requisitos contemplados en los artículos 843 y 844 CC. Con la última reforma, de 1 de abril de 2003, el artículo 1056, 2) CC se equiparó con los artículos 841 CC y siguientes, pero sin ser de aplicación las exigencias de los artículos 843 y 844 ambos del CC (plazos y aprobación judicial); el legislador lo convirtió en una auténtica especialización del supuesto del artículo 841, pensando exclusivamente en la empresa o explotación familiar. Con la reforma que se hizo del 1056, 2) en el año 2003, no hay ya duda de su independencia con respecto al artículo 841 y siguientes.

En primer lugar, para el testador es una facultad que puede utilizar a voluntad, “*podrá usar de la facultad concedida en este artículo*”. Esta, es una facultad particional, no dispositiva, aunque como veremos ambas facetas están íntimamente relacionadas debido a la naturaleza de la adjudicación. Esto es muy importante, porque lo diferencia sustancialmente de las facultades conferidas por el artículo 831 CC, de mayor envergadura. No olvidemos las palabras de VALLET DE GOYTISOLO⁸, en el sentido de que las cláusulas dispositivas y las particionales están íntimamente relacionadas. Además, de la numerosísima jurisprudencia se extraen algunas conclusiones: es una facultad que en caso de utilizarse debe serlo de forma “expresa” (no cabe el establecimiento de forma tácita). No es preciso que se haga partición en forma exhaustiva (SSTS años 1951, 1958 y 1964) -es necesario que haya disposición más adjudicación, al menos de la explotación familiar-.

En segundo lugar, la facultad del artículo 1056, 2) CC lo es para el testador, pero si la utiliza, resulta para los causahabientes una imposición: “disponiendo que se pague”; y concilia con el primer párrafo “se podrá por ella”. Así pues, se resuelve cualquier discusión

⁸VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al 1056” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XIV. Vol. 2º. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. EDESA 1989. ISBN: 84-7130-640-9 ISBN: 84-7130-216-0 (Pág. 127 y 128).

doctrinal que hasta ahora se hubiese planteado por influencia del artículo 841 sobre el artículo 1056, 2). No hay duda de su carácter imperativo para el heredero. A mi juicio es correcta esta interpretación, pero también entiendo los argumentos en contra, que se sostendrían en una consideración de que los tiempos han cambiado y que en las normas modernas las prohibiciones son claras y expresas; por lo tanto, olvidando la terminología del primer párrafo “*se podrá por ella*” que responde a un criterio decimonónico, la redacción del 1056, 2) CC dada por la Ley 7/2003 no fue imperativa de forma determinante: podría haber empleado los términos “impondrá” o “adjudicara” que no dejarían lugar a dudas. Estamos de acuerdo con esta interpretación, y por lo tanto, creemos que es de carácter imperativo para el heredero, lo que marca una diferencia más con la fiducia del 831 CC.

También se modificó en la nueva redacción un requisito que dio lugar a la justificación del precepto y hoy cobra especial importancia. El viejo artículo 1056, 2) CC rezaba “...*que en interés de su familia quiera conservar indivisa*” como único fundamento del deseo del testador. Sin perjuicio de un posterior y más detallado análisis de este requisito, reseñaremos su diferente naturaleza en la nueva redacción: “*que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia... quiera preservar indivisa...*”.

Se aprecia que en la vieja redacción había un criterio objetivo imprescindible: el interés de la familia, que si no concurría, por mucho que el padre quisiese conservar indivisa la explotación familiar, no podía utilizar la facultad del 1056 2) CC. Qué pueda ser “interés familiar” es un concepto que también ha cambiado. Ahora, con la redacción de 2003, se produjo una substancial modificación. Aunque la enunciación modernizada parezca querer decir lo mismo, si el criterio lo analizamos detenidamente, puede ser subjetivo: en principio hay una disyuntiva que significa elección entre dos motivos para usar del 1056, 2) CC: “conservación de la empresa o interés de la familia”. La conservación de la empresa (a diferencia del interés familiar) es algo tan subjetivo, como que sencillamente lo desee el testador. Al existir la conjunción “o” y si se concilia el deseo de conservar la empresa con el de mantenerla indivisa, aunque no haya interés familiar, es evidente que se podría utilizar la facultad del 1056, 2) CC. En consecuencia, el criterio es subjetivo.

No obstante habrá quien considere (criterio que debe respetarse) que la conservación de la empresa es una situación objetiva que atiende a criterios económicos: “solo puede

conservarse si se mantiene indivisa”, en cuyo caso volvemos a las viejas discusiones doctrinales. Pero en principio, a mi juicio, la ley, al crear un abanico disyuntivo de motivos para utilizar la facultad del 1056, 2) CC, se ha acercado aún más de lo que estaba al criterio subjetivo, porque no hay nada más personal y subjetivo que lo que se somete a elección.

3.- FUNDAMENTO Y SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 1056, 2) CC

Las redacciones primitivas del precepto (y a mi juicio también del actual⁹) tenían como fundamento la extensión de la doctrina de los artículos 821 y 829 del Código Civil, esto es “la indivisibilidad de la adjudicación sin exigir licitación” de las explotaciones económicas. Es decir, considerar como cosas que no admiten cómoda división dichas empresas, y esto, aunque estén integradas por elementos divisibles; el juicio del testador será el que determine la indivisibilidad conforme su criterio en atención al interés de la familia o a la conservación de la empresa (único límite).

Prueba de todo esto, es que la primitiva redacción, cuando en el artículo 1056, 1) CC hablaba de “testador”, sin embargo se refería literalmente en el párrafo segundo al “padre” (lo que no ocurre hoy); y como razonó VALLET DE GOYTISOLO¹⁰, esto respondía a que sencillamente no podía hacerlo sin respetar las legítimas y solo cabía la solución de pagarlas en metálico a los demás legitimarios. En consecuencia, el adjudicatario de la explotación, tenía que ser legitimario; el fundamento es el mismo y en consonancia con los artículos 821, 829 y 1062, además de los reformados artículos 841 y siguientes desde el 13 de Mayo de 1981; si bien con la única particularidad de considerar en la partición, como cosas indivisibles, objetos que no constituyen unidad física sino económica.

Tras la redacción de 2003, este significado fue superado, pues se concede la facultad a cualquier testador (no solo al padre) que podrá adjudicar a quien no sea legitimario también, incluso a un extraño para que pague su legítima a los demás “interesados”, aunque este aspecto es más discutible. En definitiva, su fundamento ya no tiene sede en los arts. 821 y 829 CC, ni coincide siquiera con los artículos 841 CC y siguientes, sino que se ha

⁹RUEDA ESTEBAN, L. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XLIV- Año 2003. Publicado también en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (Pág. 208).

¹⁰VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al 1056” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales....” (Op. Cit. nota anterior, pag. 158).

desplazado al centro de la empresa individual y social. Sin embargo, no es pacífica la postura de que se pueda adjudicar a quien no sea legitimario, puesto que en el texto del art 1056, 2, CC dice “que se pague en metálico su legítima a los demás interesados”. Parece que está hablando de sujetos con una cualidad común: ser legitimarios. De otro modo hubiera bastado con decir que se pague en metálico su legítima a los legitimarios. Pero la impresión que produce es que los interesados sólo pueden ser coherederos, y sin embargo si se les debe pagar una legítima será porque son legitimarios. Ciertamente que la redacción es muy deficiente, y hubiera sido mejor no haber utilizado el término interesados y haber empleado el de los demás legitimarios. No obstante, la opinión de que se pueda dejar la herencia a un extraño la defienden más autores (MARTINEZ ESPÍN¹¹, RUEDA ESTEBAN¹²) aunque resulte forzado de aceptar. Bien está que sea no sólo a los hijos, sino también a otros descendientes, ascendientes o a cónyuge. En definitiva, la partición hecha por el propio testador del art 1056, 1 CC se ha interpretado siempre como una exaltación de la voluntad de éste, pero no en el caso de adjudicación a extraños, en el que se hace muy difícil aceptar esa adjudicación en virtud del precepto, ya que se consideraría una interpretación muy arriesgada. Ciertamente se podría dejar a un nieto en concepto de mejora viviendo los hijos.

En cualquier caso, el supuesto de que se deje a un extraño ha de ser matizado y no está exento de cuestiones: De un lado naturalmente se tiende a dejar bienes a los legitimarios aunque no sean los mejores gestores, pero si se deja a alguien ajeno, éste debe estar en buenas condiciones económicas para satisfacer las legítimas en metálico, pues aun disponiendo del plazo de cinco años, podrían pagarse con los beneficios o rendimientos que la empresa produzca; pero por el contrario, puede ocurrir que la explotación familiar vaya tan mal, que en el transcurso de esos cinco años, ese adjudicatario extraño, se haya arruinado totalmente y por tanto los legitimarios no perciban siquiera sus mínimos derechos.

¹¹MARTINEZ ESPIN, P. “Comentario al artículo 1056 CC”, en “Comentarios al CC”, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Thomson –Aranzadi, 3ª edición, 2009, página 1236)

¹²RUEDA ESTEBAN, L. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. Anales de la Academia Matritense.... También en la obra “El Patrimonio familiar, profesional....”. (Op- cit. Pág. 215 y 216).

De la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 se deduce el significado del actual 1056 2), que desea regular *“aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión mas adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones.....estas modificaciones se realizan atendiendo además a un criterio integrador del ordenamiento privado del conjunto de las legislaciones civiles del Estado”*

A mi juicio, el concepto es excesivamente socioeconómico y poco jurídico. Con la indivisión de la empresa no se busca proteger a la familia, sino beneficiar el interés socioeconómico y empresarial. Y no hay nada más peligroso en el Derecho civil que posponer valores propios del mismo, como la persona y la familia, a otros de carácter económico-empresarial.

Con esto, pasan a ser históricos, todos los razonamientos de la doctrina (MUCIUS SCAEVOLA, PUIG BRUTAU, CASTAN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO, ALBALADEJO GARCÍA¹³) que en la línea expuesta, explicaban un fundamento del 1056 2) basado primordialmente en los artículos 821, 829, 1062.....

Incluso para aquellos que consideraban que con la existencia e interpretación extensiva del 1062 CC, se hacía innecesario el artículo 1056, 2) CC y habría de abrirse una nueva vía de estudio que abandonase el criterio de la indivisibilidad y que se acercase al campo de la transformación de la naturaleza de la legítima de Derecho civil común.

4.- SUJETOS DE LA PARTICIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 1056 PARRAFO 2º CC

4.1 El causante.

Con la última redacción del precepto (ley 7/2003 de 1 de Abril, Sociedad Limitada Nueva Empresa) se ha sustituido la palabra *“padre”* por la de *“testador”*, con lo que se superó toda discusión histórica sobre quienes podían usar de esa facultad; ya no se limita a padres o ascendientes, lo que tanta polémica suscitó, sino que se refiere a cualquier testador que

¹³SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil”. Tomo XVIII, 2ª Edición, Madrid 1954. PUIG BRUTAU, J. “El testamento del empresario” R.D.P. página 487. CASTAN TOBEÑAS, J. “Derecho Civil”, VI-1º- 8ª Edición. Madrid 1978. LACRUZ BERDEJO, J.L. “Notas al Binder” (Página 309). ALBALADEJO GARCÍA, M. “Dos aspectos de la partición hecha por el testador” A.D.C. I-III 1948, (página 922 y s.s.).

quiera adjudicar la empresa, incluso a herederos voluntarios extraños. Con la redacción vigente, al emplearse la palabra “testador”, la interpretación adquiere una nueva dimensión: se exige que la disposición sea mediante testamento, lo que ocurría también antes, pero habrá que plantear la exigencia estricta de este requisito. Me refiero a que al testamento no solo sea requisito previo, simultáneo o posterior, sino también el vehículo hábil y único de esta adjudicación. Algo que ocurrió meses después con la reforma del artículo 831 CC como consecuencia de la ley de Protección de discapacitados. Hasta entonces:

4.1.1.- La partición del 1056, 1) CC y por tanto en principio la del 1056, 2) CC precisaba de una voluntad dispositiva como requisito imprescindible en un testamento previo, simultáneo o posterior y válido. Ahora es el único vehículo de manifestación de esa voluntad. Y además necesita también de una voluntad particional que sea concordante en lo dispositivo con la partición que debe figurar en testamento o en otro documento incluso privado, siempre que éste último se apoye en ese testamento que es el requisito imprescindible (SSTS 6-3-1945; 18-6-1961...) (SAP Orense 26 de Marzo 1997: “es impensable la existencia de un acto particional de tal naturaleza sin constancia documental”).

4.1.2.- El llamado estatuto personal del 1056, 2) CC es el de una disposición sucesoria de carácter mixto, entre lo particional y la disposición, y por lo tanto “revocable”. (SSTS 9 de junio de 1940; 29 de octubre de 1960... (“la eficacia de aquella partición quedaría relegada al tiempo del fallecimiento del cónyuge sobreviviente, que podrá variar su voluntad en cualquier tiempo durante toda su vida, modificando las condiciones de aquella....”). Esto último, que ha sido obvio para todos los juristas, lo sostuve en su momento como respuesta a las voces que intentaron sugerir que con la reforma se abría una puerta a una forma de sucesión contractual, lo que a mi juicio consideré absolutamente fuera de lugar -no se trataba de una sucesión contractual-. En este sentido la STS 6 de marzo 1945 en la cual se expresa “... se trata de una división hereditaria, que aunque pueda revestir dos formas –*inter vivos* y *mortis causa*- implica siempre un acto de última voluntad”¹⁴.

4.1.3.- Es más, creo que con esta redacción, se han destacado ciertos matices (que aconsejan la utilización de testamento como instrumento hábil para esa adjudicación): a.- Antes decía “el padre”, por lo que para su interpretación, el artículo 1056, 2) CC dependía

¹⁴ Fue ponente Castan Tobeñas.

del artículo 1056, 1) CC y su destino iba unido a ese. Tras la reforma de 2003, dice “el testador”, luego puede interpretarse por sí mismo y con independencia del párrafo primero.

b.- En el párrafo primero se señala una especial forma de partición hecha por el testador. En el artículo 1056, 2) CC lo recuerda también cuando dice “....podrá usar de la facultad concedida en este artículo...”; pero habla del testador como facultado especial, y además lo hace acompañado del verbo disponer: “*el testador... disponiendo...*” A mi juicio tan solo se podría referir a una disposición testamentaria, porque si se refiriese a otra, lo habría hecho con otras palabras (por ejemplo “*habiendo dispuesto...*”).

c.- El legislador de 1981 no admitió otra forma de utilizar el pago de la legítima en metálico del 841 CC y siguientes que no fuera la testamentaria. No es de extrañar que el sentido del actual artículo 1056, 2), sea también ese.

d.- La reforma del 1056, 2) CC va acompañada de la del 1271, 2) CC, que añade a la redacción antigua la coletilla “... *otras disposiciones particionales*” como sumatoria de “... *practicar entre vivos la división del caudal...*”

Si el legislador hubiese querido que la facultad de adjudicar la explotación participase solo de la naturaleza del artículo 1056, 1) CC, no habría añadido nada al 1271, 2) CC, pues no era necesario. En definitiva, como la voluntad del legislador es que esas “disposiciones particulares” sean *mortis causa* y que sea algo de naturaleza independiente, lo ha diferenciado y la consecuencia puede ser que la adjudicación de la empresa, como norma en que se funden la voluntad dispositiva y particional, no solo requiere de un testamento previo, simultáneo o posterior, lo cual ya sabíamos, sino que además solo pueda utilizar como única vía o instrumento de expresión el testamento y ese testamento es esencialmente revocable y de ninguna forma debe entenderse como sucesión contractual.

4.2 El adjudicatario de la empresa o del establecimiento mercantil.

También pierden vigencia las consideraciones que hemos expuesto anteriormente sobre si la palabra “hijos” se refería solo a los hijos o si incluía también a los nietos, bien sean mediatos o inmediatos. En este punto, como en otros, hay que reconocer a VALLET¹⁵ su visión de futuro, cuando manifestó su interpretación extensiva de la expresión “hijos”, incluyendo tanto a los herederos forzosos como a los voluntarios. En el mismo sentido la

¹⁵VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056”, Revista General de Derecho-1946 (Op. Cit. Pág. 673 y s.s.). (Pág. 674).

doctrina mas autorizada: GARRIDO DE PALMA¹⁶, FOSAR BENLLOCH¹⁷, PUIG BRUTAU¹⁸, ALBALADEJO GARCÍA¹⁹ Todos, en definitiva, hacían una interpretación amplia; sus diferencias se movían por el abanico de la extensión, que con la última redacción del 1056, 2) y sobre todo, con la redacción que unos meses después se hizo del artículo 831 en la ley de Protección de discapacitados, es historia.

Incluso FOSAR BENLLOCH²⁰ y CAMARA ALVAREZ²¹ expusieron la posibilidad de adjudicación del establecimiento a uno de los ascendientes (no habiendo hijos o descendientes) para que se pagase en metálico la legítima al otro ascendiente. Todo, en aras del interés familiar, económico y social. Actualmente, al no aparecer la palabra “padre”, queda implícito que el adjudicatario no tiene porque ser el hijo. El precepto se refiere al “testador” y parece que podrá disponer a favor incluso de extraños (porque no se exige relación familiar). Y es aquí donde se produce la gran innovación; por una parte la doctrina y la jurisprudencia clásica que hemos visto así como la Exposición de Motivos que se refieren al “entorno familiar”; pero una lectura aséptica del precepto, tomando como base para su interpretación, exclusivamente la literalidad del mismo, nos lleva a la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño. A mi juicio, como las leyes no son lo que deseáramos sino lo que dicen, tendremos que aceptar esta posibilidad.

Nos queda aclarar si solo cabe un adjudicatario de la explotación o si pueden ser varios. Entiendo que pueden ser varios adjudicatarios, porque el fin de la norma es “..... preservar indivisa la explotación” y esto se puede conseguir tanto adjudicándola a uno como a varios siempre que éstos continúen con el negocio. En este sentido también MARTINEZ ESPÍN²².

Además, siendo varios, el pago de la compensación en metálico será más asequible y la empresa no saldrá de la familia.

¹⁶GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil”. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. R.J. Notariado 2005, nº 55 (Pág. 121 a 136). Publicado también en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Murcia 2004. (Pág. 2026 y 2027).

¹⁷FOSAR BENLLOCH, F. “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil XVI-II. 1963. (Pág. 377 y s.s.).

¹⁸PUIG BRUTAU, J. “El testamento del empresario” R.D.P. 1960 (página 487 y s.s.)

¹⁹ALBALADEJO GARCÍA, M. “Dos aspectos de la partición hecha por el testador” A.D.C. I-III 1948, (página 922 y s.s.).

²⁰FOSAR BENLLOCH, F. “Más sobre el artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil”. R.C.D.I. 1971. (Pág. 225 y s.s.).

²¹CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico. Centenario.... (Pág. 865.

²²MARTINEZ ESPIN, P. “Comentario al artículo 1056 CC”, en “Comentarios al CC”, op. Cit. página 1236)

La cualidad de heredero adjudicatario de la explotación, será la de un heredero “mejorado” y “gravado con una carga modal” de pago en dinero de las legítimas. Si bien esto lo analizaremos más detenidamente.

4.3 Los “perceptores” del metálico.

Son los “demás interesados” con derecho a percibir su legítima. También se produjo un cambio con la reforma del año 2003, porque no son sólo los “hijos”. Ya no son necesarias las interpretaciones de quienes son los legitimarios, aunque es indudable que se refiere a ellos, pues reza literalmente “... *su legítima a los demás interesados*”. La diferencia con la redacción anterior es que incluye a cualesquiera legitimarios con derecho e interés: hijos, descendientes por derecho, ascendientes en su caso, e incluso por extensión el cónyuge viudo. La cuestión del viudo-a fue recogida por una parte de la doctrina²³ que así lo propugnaba, sin necesidad de justificarlo en la facultad de los herederos para la conmutación de la cuota viudal conforme el artículo 839 del Código Civil.

En consecuencia, es un paso más en la evolución de la naturaleza de la legítima, que ahora se acerca a una auténtica “*pars valoris*” (tratándose de este caso) incluso pagable por un extraño, lo que supuso una auténtica innovación con respecto al artículo 841 del Código Civil. Meses después, la nueva redacción del 831 CC haría que la doctrina se fijase en el mecanismo de la fiducia sucesoria, que es más eficaz y abre mayores expectativas para la práctica.

5.- LA FINALIDAD JUSTIFICANTE: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA O EL INTERÉS DE LA FAMILIA

En primer lugar hay que indicar que antes de la reforma de 2003 había un solo requisito justificante, que era el interés familiar o móvil que impulsaba al padre a atribuir la empresa a uno de sus descendientes. Ni antes ni con la nueva redacción definió el legislador que es el interés familiar en ese artículo. Con CAMARA ALVAREZ²⁴, consideraremos que el interés familiar es el deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia evitando la división. O que dirija la empresa quien –a juicio del testador-, esté más capacitado para ello y por tanto sea más beneficioso para la explotación familiar porque

²³FOSAR BENLLOCH, F. “Más sobre el artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil”. (Op. Cit. Pág 225 y s.s.).

²⁴CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico....”(Op. Cit. Pág. 863 y s.s.).

redunde en su aumento de beneficios. La mención de este concepto que se hace en otros artículos del Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2, y 1389), que se refieren a las relaciones paterno-filiales, conyugales o incluso de economía del matrimonio, pero no de continuidad *post mortem*. El sentido del artículo 1056, 2) tiene que ver con la continuidad de la explotación o la empresa familiar, en beneficio de los hijos o descendientes que participan en la explotación familiar.

Para DIEZ PICAZO²⁵, el “interés de la familia”, no es el deseo mayoritario de ésta de permanecer en la indivisión, sino, el interés en la conservación de la empresa; es esa la palabra que utiliza el legislador y que con la reforma ha modernizado con la de “preservar”. En el mismo sentido SIMÓ SANTONJA²⁶, FERNÁNDEZ GIMENO²⁷ y PRADA ALVAREZ-BUYLLA²⁸.

En contra, estaban las teorías de la STS de 19 de Mayo de 1951, según la cual la voluntad del padre testador de que se mantenga indivisa la explotación familiar no necesita mas fundamento que esa voluntad. Con la reforma del año 2003 fueron resucitadas esas doctrinas, si consideramos que la interpretación ya mencionada anteriormente es el fundamento del artículo. La redacción de 2003, como hemos defendido antes, presentó una disyuntiva de requisitos o motivos: “... *en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia*”.

Con que concurra uno de los dos es suficiente. Pero, es que además, se puede estimar que el interés familiar ya no es solo la necesidad de conservación de la empresa, sino otra cosa, pues de otra forma el legislador no habría presentado dos alternativas. La trascendencia del carácter objetivo del requisito lo es en función de la necesidad de impugnación por los no adjudicatarios. Así pues, es necesario deducir su naturaleza.

- Interés familiar: Establecido que el interés familiar no es ninguno de los demás mencionados en el Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2 y 1389), ni puede ser el que define

²⁵DIEZ-PICAZO Y GULLON, L. “Sistema de Derecho Civil “. IV, 3ª Edición. Madrid 1983. (páginas 546 y s.s.)

²⁶SIMÓ SANTONJA, V. “Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa”. Anales de la Academia Matritense del Notariado”. 1984- tomo XXIV (Pág. 123-146).

²⁷FERNANDEZ GIMENO, J.P. “Problemas de la transmisión de la empresa familiar”. Editorial Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia 1999. ISBN 84-8002-820-3 (pág. 281)

²⁸PRADA ALVAREZ-BUYLLA, P. “El artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil y las menciones legitimarias”. R.C. D. I. 1970 (Pág. 907 y s.s.).

DIEZ PICAZO²⁹ (interés en la conservación de la empresa) porque es otro requisito alternativo diferente, solo nos queda el de CAMARA ALVAREZ³⁰: “deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia”. Pero también éste es cuestionable, ya que con la nueva norma, cabe adjudicar a un extraño y curiosamente puede darse que precisamente la única forma de preservar la empresa sea “sacarla” de la familia (por ejemplo, legándola a un hombre de confianza, que abonará los derechos a otros interesados).

También puede considerarse interés familiar todo aquello que pueda evitar la perturbación de la paz familiar, por ejemplo adjudicación a un hijo que seria incompatible con otro, o exclusión de uno de ellos en el negocio por su carácter difícil con los demás, o sencillamente por ser arriesgado en sus concepciones del negocio o influenciado por su cónyuge....en definitiva, circunstancias apreciables por el testador y como tal subjetivas.

- Conservación de la Empresa: En cuanto a la conservación de la empresa nos encontramos ante similar problema. Qué es lo mejor para la conservación de la empresa, es algo tan subjetivo como que simplemente lo desee el testador.

Hay empresas que se conservan mejor con la indivisión y sin embargo otras, subsisten solo con la segregación de ramas de producción. Solo una concepción económica seria objetiva, por ejemplo un conocimiento actuarial de la posible evolución de la empresa a medio o largo plazo, que pueda permitir al testador hacer una evaluación de lo que conviene para la conservación de la explotación; lo que ocurre es que el testador carece de esos datos en el momento del otorgamiento de su testamento.

Si a todo esto añadimos la disyuntiva “o” del precepto, encontramos un amplísimo abanico de posibilidades a disposición del testador, lo que aproxima más el fin justificante a un motivo de carácter subjetivo, porque no hay nada mas personal que lo que se somete a elección.

Para concluir, algo que avala la teoría subjetivista, puede ser la inclusión en la nueva redacción del término “en atención”. Al emplear esta palabra, parece que el interés de la familia o la conservación de la empresa ya han dejado de ser un requisito *sine qua non*, para

²⁹ DIEZ PICAZO, L. “Sistema...” (op. Cit. nota anterior, pag. 547)

³⁰ CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de Derecho sucesorio”. Tercera Edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio. Marzo 2011- Editorial LA LEY. ISBN: 978-84-8126-879-9.(páginas 437 y 438).

pasar a ser un motivo de la forma especial de partición que ha escogido el testador. En este sentido, cabe recordar la STS de 19 de mayo de 1951, que propugna que la existencia de una unidad de explotación, no necesita mas demostración que la mera voluntad del testador de mantenerla indivisa, es decir, que no necesita probar nada, solo alegarlo. Y esta doctrina es la que parece haber recogido el legislador de 2003.

-Impugnación de partición -adjudicación por falta de este requisito: El Código Civil quiere dar estabilidad a la partición realizada por el testador y por eso la protege en el 1056, 1) “... *se pasará por ella...*” congruente con el artículo 1075 CC cuyo ultimo inciso dice “*o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*”: En definitiva, 1º No se puede impugnar la adjudicación porque se demuestre que el interés familiar o lo mejor para la conservación de la empresa era otra cosa. 2º Se puede impugnar si se acredita error en la voluntad del testador (artículo 1074 CC): su voluntad no era ni la de proteger el interés familiar ni la de conservar indivisa la empresa. No debió escoger la vía del 1056, 2) CC sino la del artículo 841 CC y siguientes, con el perjuicio consiguiente de la falta de protección a los legitimarios.

Por lo tanto, a mi juicio, la posibilidad de impugnación de esa adjudicación sólo se podrá realizar por la vía del juicio declarativo que corresponda y nunca en el juicio de testamentaría que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo resultaría dilatorio e inútil habida cuenta de que la partición ya fue hecha por el testador.

6.- ELEMENTOS REALES. LA EMPRESA. EXPLOTACION ECONOMICA. LA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO.

No existían ya obstáculos doctrinales para la inclusión en el elemento real de cualquier explotación económica, pero la redacción de 2003 lo plasmó en el precepto. Además, con la intención de incluir un carácter extensivo utilizó varios términos: empresa, explotación económica, e incluyó al comerciante social (sociedad de capital o grupo. Naturalmente, se recogieron en la norma todas las tendencias de la época; por lo tanto, debe entenderse incluida toda explotación mercantil, y no habrá dudas sobre la aplicación del 1056, 2) CC a un paquete mayoritario de acciones o participaciones de una empresa (la explotación social).

Con PALAZON GARRIDO³¹, recapitulamos los requisitos para la inclusión de la empresa dentro del ámbito del precepto: En primer lugar, la condición de empresa como tal. Esto es un término más económico que jurídico. Se puede definir de varias formas: unidad orgánica de diversos factores dedicados a fines de producción o mediación de bienes y servicios para el mercado y con organización unitaria; conjunto patrimonial que constituye empresas en funcionamiento con unidad económica y de gestión, sin que basten la pluralidad de bienes unidos por pertenencia a una persona o por administración conjunta (LACRUZ BERDEJO³²); conjunto de bienes organizado como complejo empresarial con un titular del ejercicio empresarial.

Pero más que su concepción económica, nos interesa su acreditación como tal en el campo jurídico. La jurisprudencia ha matizado (STS 19 de Mayo de 1981) que la existencia de la empresa será afirmada por el testador en el testamento, lo que constituirá una situación jurídica que no precisará mas prueba (*iuris tantum*), siendo los que impugnen los que tendrán que demostrar los hechos en los que se base su impugnación. Los efectos de esta falta de condición de empresa, dividen a la doctrina: Los menos (entre ellos, JORDANO BAREA³³) lo consideran un abuso de la facultad del 1056, 2) CC y habrá preterición del artículo 814 CC pues los legitimarios han sido privados “cualitativamente” y “no cuantitativamente”. Sin embargo, la doctrina mayoritaria (VALLET DE GOYTISOLO³⁴, CAMARA ALVAREZ³⁵) lo considera como único efecto de la nulidad de esa adjudicación, el de tener que realizarla de nuevo en los términos generales de los artículos 1061 y siguientes del código Civil.

En segundo lugar, la titularidad del testador, que es requisito previo para que pueda disponer de la empresa familiar. El principio esencial es que la jurisprudencia exige titularidad de la empresa por parte del testador. El 1056, 1) dice “*sus bienes*”, luego es necesario que la explotación económica sea propia del causante. Este principio ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia.

³¹PALAZÓN GARRIDO, M. L. “La sucesión por causa de la muerte en la empresa mercantil”. Edita Tirant lo Blanch. Valencia 2003. ISBN: 84-8442-700-5. (Pág. 292).

³²LACRUZ BERDEJO, J.L. “Notas al Binder” (Op. Cit. Página 309).

³³JORDANO BAREA, J.B. “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones”. Anuario de Derecho civil, 1964 (Pág. 941 a 960).

³⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Estudios de Derecho sucesorio”. Estudios dispersos sobre las legítimas. Volumen III. 2ª Edición revisada y aumentada. Editorial Montecorvo. 1992. ISBN: 84-7111-166-7 (Pág. 365 y s.s.).

³⁵CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de Derecho sucesorio”. (op. Cit. páginas 437 y 438).

Titulo distinto de propietario. LACRUZ BERDEJO³⁶ entiende que basta que el testador sea titular de la empresa, aunque no sea propietario. Caben otros derechos, como un usufructo a término por el tiempo que falte para su extinción –siempre que lógicamente no sea vitalicio–, un arrendamiento con cláusula que admita sucesión, una exclusiva...

Cuotas indivisas: La STS de 5 de junio de 1985 exige titularidad efectiva que dependerá de la porción de control que conceda la cuota: “... bienes que se hallen en el patrimonio del testador y no aquellos de que no pueda disponer”. En este caso se anuló la adjudicación, porque el testador era titular de una cuota indivisa muy pequeña.

El comerciante social. Los “paquetes” de acciones o participaciones. La primera jurisprudencia (28-5-1958) no lo admitió como objeto del 1056, 2) CC. La doctrina autorizada (VALLET DE GOYTISOLO³⁷, CAMARA ALVAREZ³⁸) si aceptaron los “paquetes” de acciones como objeto del 1056, 2) CC, justificando que una forma societaria podía conservar o perder su unidad dentro de la familia, según se mantuviese o no en poder de esta un número de acciones o de participaciones suficientes para preservar la potestad. GARRIDO DE PALMA³⁹, entendía que debía admitirse por extensión la inclusión de este supuesto en el 1056, 2) CC, porque “la ratio del precepto debe amparar lo que la literalidad del texto de 1889 no podía prever en buena lógica”. El tiempo dio la razón a este autor, ya que la redacción de 2003 lo incluyó en forma específica: “....o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas....”.

Todo en sintonía con la reforma que en la Ley 7/2003 se contempla si bien es preciso hacer algunos comentarios: la mención en la redacción respecto a “o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas...”. Esto plantea algunas cuestiones: ¿Que tipo de sociedades? Sociedades de capital, en principio, son sólo las sociedades anónimas y las limitadas. Por lo tanto no podría referirse la norma a otras. PRADA ALVAREZ-BUYLLA⁴⁰ critica que se refiera exclusivamente a sociedades de capital (anónimas y limitadas y no incluya las otras), porque convierte el precepto en algo

³⁶LACRUZ BERDEJO, J.L. “Notas al...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 310).

³⁷VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056” (Op. Cvit. Pág. 673 y s.s.). (Pág. 674).

³⁸CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de Derecho sucesorio”. (Op. Cit. páginas 437 y 438).

³⁹GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil”. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. (op. Cit. Pág. 121 a 136, especialmente 125 y s.s.). Publicado también en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo... (pag. 2026 y 2027).

⁴⁰PRADA ALVAREZ-BUYLLA, P. “El artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil y las menciones legitimarias”. (Op. Cit Pág. 211 y 212).

reservado a una clase exclusiva de propietarios o empresarios familiares. HUERTA TROLEZ⁴¹ dice que el término “sociedades de capital” no debe ser excluyente, y deben entenderse también incluidas las sociedades colectivas y las comanditarias, ya que bajo la forma societaria hay una explotación económica (que es la *ratio* del precepto). Opinión que yo comparto.

En definitiva, el precepto es de regulación insuficiente porque el único requisito que exige es que “*permita mantener el control de la sociedad*”, además no habla de objeto social, ni de la actividad empresarial, ni siquiera de que tipo de aquella se trata. La consecuencia es el posible fraude de las sociedades patrimoniales (mera tenencia de bienes), por ejemplo una Sociedad Limitada que es todo lo que posee el testador, y ésta tiene en su patrimonio dos o tres inmuebles (vivienda, ... y coches...). Es un fraude de los derechos de los legitimarios que pueden exigir que se paguen sus derechos en bienes de la herencia, o que se utilice la vía de los artículos 841 CC y siguientes y al menos ostenten las garantías de los artículos 843 y 844 CC.

Respecto del *control*: ¿Todas las acciones de que sea titular el testador? ¿O solo las que basten para ejercer el control? Entender que sólo sean los que den control, sería aceptar que cabe impugnar en cuanto al exceso. A mi juicio, deben ser las que el testador decida (pues en otro caso sólo se podría adjudicar el 51% de la explotación familiar y no es así).

Por lo que se refiere al término “*mantener*”. Solo se mantiene lo que se tuvo. Si con el paquete de acciones, no hay control de la sociedad, no cabra utilizar en este caso, de la facultad del artículo 1056, 2) CC. A menos que el adjudicatario, uniendo ese paquete a otro que él ya tiene, adquiera control. Pero entonces, no estaríamos en la literalidad de “*mantener*”. No tenía el control y ahora si lo tiene. Por ejemplo, un padre tiene el 12% de una sociedad familiar y cada uno de sus dos hijos tiene el 44%. Si lega sus acciones a uno de los hijos le da el control de la sociedad, lo que supone tener un control que antes no tenía y esto no es mantener, sino conceder *ex novo*, o sea, crear un control por el título sucesorio, lo que es contrario a la esencia del 1056, 2) CC.

⁴¹HUERTA TROLEZ, A. “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio” en Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. 3ª época, nº 27-October 2003. (Pág. 43 a 86, en especial 57 y s.s.). y también publicado en la Revista Jurídica del Notariado, Abril-junio 2004 (pag. 125).

En consecuencia, interpretar el precepto de forma literal nos puede abocar a resultados muy peligrosos, aunque se trata de un precepto muy delicado y conviene buscar el equilibrio, la cordura y sobre todo el sentido común en la aplicación de las cláusulas testamentarias que se redacten en función del mismo.

La mención en el precepto a *la participación en la sociedad o grupo*. Aunque lo normal es que el testador tenga la mayor parte del capital, o participaciones que le den mayoría de voto, es admisible que sean participaciones inferiores a la mayoría absoluta, porque como sabemos, hay sociedades que son controladas por mayorías de pequeños porcentajes de capital social (por ejemplo el 10% de un banco).

El problema de las explotaciones o empresas de carácter ganancial. Como no hay cuotas concretas, habida cuenta la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, no se puede justificar el interés de la familia, porque en sí mismo está ya protegido por la ganancialidad. Además no encaja en el término “sus bienes” que hemos comentado anteriormente. El obstáculo insalvable es que mientras la sociedad de gananciales no esté disuelta, los bienes de ella no pertenecen a ninguno de los cónyuges y adjudicando por mitad, aún tenemos el obstáculo de las cuotas indivisas de empresa.

La numerosísima jurisprudencia en esta materia (SSTS 21-12-98, 7-9-98, 8-3-89, 7-12-88, 15-3-88, 22-2-97.....) ha declarado la nulidad de la adjudicación del 1056, 2) CC cuando recae sobre bienes gananciales, porque no se refiere estrictamente a bienes propios del testador (efectivamente, los gananciales no lo son en puridad). En contra está la doctrina (CAMARA ALVAREZ⁴², GOMEZ MORAN⁴³) que busca medios para facilitar esa sucesión en la empresa ganancial, como por ejemplo, la vía del legado, liquidación de sociedad de gananciales. DOMÍNGUEZ LUELMO⁴⁴ entiende que si cabe la transmisión por vía del legado de cosa ganancial, debe admitirse también por la vía particional del 1056 2) CC. PALAZON GARRIDO⁴⁵ resume la doctrina mayoritaria que entiende que con el sistema del Código Civil, el cónyuge no puede partir unilateralmente los gananciales y adjudicar la empresa ganancial conforme el 1056, 2), pues son bienes parcialmente ajenos.

⁴²CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de Derecho sucesorio”. (Op. Cit. páginas 437 y 438).

⁴³GOMEZ MORAN, L. “Testamento-partición”. R.C.D.I. 1949, nº 257. (Pág. 601 a 632, en especial 628 y s.s.).

⁴⁴DOMINGUEZ LUELMO, A. “El pago en metálico de la legítima de los descendientes”. Tecnos, Madrid 1989. ISBN 84-309-1727-6. (pag. 46 y 47)

⁴⁵PALAZON GARRIDO, M. L. “La sucesión por causa de la muerte...” (Nota anterior) (Pág. 293 y 294).

Por lo tanto, es preciso arbitrar un sistema que admita la conservación de la empresa ganancial en la sucesión *mortis causa*.

LACRUZ BERDEJO⁴⁶ es partidario de una solución más avanzada y pragmática: apuntan la posibilidad de la partición de bienes hecha por ambos cónyuges conjuntamente mediante un acto *inter vivos* y además, haría cada uno de ellos su testamento separado, para adquirir condición individual de testador y evitar la mancomunidad del artículo 669 Código Civil. Una STS de 20 de Mayo de 1965 admitió este sistema, si bien anuló la partición por otro motivo que fue el acuerdo previo entre ambos cónyuges de considerar todos los bienes comunes (no existía entonces el artículo 1355 en la redacción actual, que procede de 13 de mayo de 1981).

ORTÍ VALLEJO⁴⁷ apuntó al pacto de capitulaciones (ya tras la reforma de 13 de mayo de 1981) con separación de bienes y liquidación de sociedad de gananciales; cada cónyuge respecto de sus bienes privativos, distribuiría coordinadamente entre si, a favor de los hijos, haciendo las adjudicaciones pertinentes, con los efectos suspendidos hasta después de la muerte de cualquiera de ellos. Hoy, con la posibilidad de la fiducia sucesoria del 831, se facilitaría mucho esta solución.

La solución que empleamos los notarios, en la práctica habitual, es la de los testamentos particionales combinados de ambos cónyuges. Esta ha sido admitida por numerosa jurisprudencia desde la STS del 21 de Julio de 1986. El inconveniente es la revocación de un testamento, que dejaría en “indigencia” la situación del otro. Esto podría solucionarse, condicionando la validez de uno al mantenimiento del otro, pero incurre en las limitaciones y prohibiciones de los pactos sucesorios. En toda la jurisprudencia sobre esta materia, hay un denominador común, que es la validez de las cláusulas de adjudicación justificando que en los testamentos de ambos cónyuges se plasmaron idénticas cláusulas, coincidiendo en que la voluntad de los causantes era común y equivalente a la de un testamento mancomunado foral. Incluso, sin condicionar la partición al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales.

⁴⁶LACRUZ BERDEJO, J.L. “Notas al...” (Op. Cit. en nota anterior, pag.310).

⁴⁷ORTÍ VALLEJO, A. “Las facultades de disposición mortis causa de bienes gananciales”. Anuario de Derecho Civil, 1989. (Pág. 665 a 715, en especial 701 y s.s.).

Hoy, con la actual redacción del 1056, 2) CC y la combinación con el artículo 1379 CC y en especial con el 831 CC, ayudados del artículo 1406, 2) CC, si el régimen económico es el de sociedad de gananciales se puede lograr, asegurar en toda la transmisión *mortis causa*, de forma ordenada y muy garantizada, pero siempre con el cuidado exquisito de la redacción del testamento, que se convierte en la pieza clave y angular del proceso que hoy estudiamos.

Los otros elementos reales de la figura son LA ADJUDICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN y el PAGO EN METÁLICO. Siendo sus efectos más importantes: la naturaleza jurídica de la adjudicación y la posición jurídica del adjudicatario; así como la naturaleza del pago a otros interesados; su posición jurídica y garantías; el amplio abanico de formas de pago y sus consecuencias.

7.- LA ADJUDICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADJUDICACIÓN

Desde un mero punto de vista económico, el adjudicatario de la explotación recibe más de lo que debiera y por eso debe compensar en metálico a los otros interesados, es decir, hay atribución en exceso más compensación en metálico. Para MANRESA NAVARRO⁴⁸ este negocio jurídico participa de la naturaleza de la compraventa. SCAEVOLA⁴⁹ lo consideró el ejercicio de un tanteo concedido por el testador, si bien se trata de una concepción muy antigua de acuerdo con la vieja redacción del precepto. Hay teorías para todos los gustos: una adjudicación para pago de legítimas, una contraprestación por vía particional, una imposición al heredero de las deudas a favor de legitimarios. Pero las que más se ajustan a nuestra figura, a mi juicio, son aquellas que han considerado el 1056, 2) CC como una adjudicación para pago de deudas al legitimario. Para SANZ FERNÁNDEZ⁵⁰ en esa línea, habría dos adjudicaciones, una a título hereditario y otra a título de adquisición onerosa en cuanto al exceso. En sede de la antigua redacción, GONZALEZ PALOMINO⁵¹ sostuvo que

⁴⁸MANRESA Y NAVARRO, J.M. "Comentarios al Código Civil español". Tomo III, 1976, 8ª edición revisada y puesta al día por F. RICO PEREZ; Tomo IV, Vol. I, 8ª edición revisada y puesta al día por MARTINEZ CALCERRADA. Vol. II, 1973; Tomo VII, 7ª edición revisada y puesta al día por BONET RAMON. 1956. Editorial Reus, Madrid. (páginas 823 a 837, especialmente la 830).

⁴⁹SCAEVOLA, Q. M. "Código Civil". Tomo XVIII, 2ª Edición, Madrid 1954. (páginas 609, 610 y 611).

⁵⁰SANZ FERNANDEZ, A. "Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria". Madrid 1945. (Pág. 144 y s.s.).

⁵¹GONZALEZ PALOMINO, J. "Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio". Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo II. (Pág. 441-588, especialmente 459).

la cláusula de adjudicación era de carácter particional, de manera que había dos adjudicaciones: una al beneficiario de la explotación y otra al mismo pero del exceso para pago de los otros legitimarios.

GONZALEZ ENRIQUEZ⁵² secundó esta teoría, pero matizó que la segunda adjudicación era para pago de deudas. En la misma línea, otros elaboraron una titularidad fiduciaria del adjudicatario, pendiente de pagar a los legitimarios (hoy con la nueva redacción del 1056, 2) CC, ésta última ha quedado caduca).

En otra línea, CAMARA ALVAREZ⁵³, desestima las teorías “particionales”; dice que solo hay una adjudicación al beneficiario de la explotación y “no para que el beneficiario pague la legitima”, “sino a pesar de que con esta adjudicación la legitima no quede pagada”. En este caso, el testador adjudica a un heredero, para mantener indivisa la explotación y la obligación impuesta al adjudicatario, no es causa de la adjudicación sino una carga para que esa adjudicación resulte viable.

VALLET DE GOYTISOLO⁵⁴, lo resuelve de forma más sencilla: se trata de una disposición modal; es una institución de herederos gravada con el modo o carga de abonar en dinero la legitima a los demás interesados. Es la vieja teoría de BÁRTOLO DE SAXOFERRATO⁵⁵, pero con la particularidad de que la carga tiene carácter legal y especiales garantías.

8.- POSICIÓN JURÍDICA DEL ADJUDICATARIO DE LA EXPLOTACION

El mejorado. Se trata indudablemente de un mejorado, pero hay discusión sobre si estamos ante una mejora amplia o estricta o incluso ante una tácita o expresa mejora cuando se trate de hijos o descendientes. Y además puede ocurrir que los mejorados sean precisamente los preceptores del metálico, porque por ejemplo, la valoración hecha por el testador supere notablemente todas las expectativas de progresión empresarial, de forma

⁵²GONZALEZ ENRIQUEZ, M. “Naturaleza y eficacia en la partición practicada por el testador por actos inter vivos”. R.D.P. 1954 (Pág. 494 y s.s.).

⁵³CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de...” (Op. Cit. nota anterior, pag 438).

⁵⁴VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Estudios de Derecho sucesorio”. Estudios dispersos sobre las legítimas... (Op. Cit. Pág. 365 y s.s.).

⁵⁵BALDO UBALDI Y BARTOLO DE SAXOFERRATO. Juristas del Siglo XIV. “Comentarios a la ley Saucimus” en “Comentarios al Codex”. Referencias 8,54, 34. “Comentarios al Corpus Iuris Civilis” por Baldo Olegli Ubaldi. Tomado de la traducción de María Ada Benedetto. Edición de 1958. “Bartolo de Sassoferrato. Iu Novissimo Digesto Italiano”...(Op. Cit. Pág. 276 a 280, en especial la 277).

que sea más interesante para los no adjudicatarios de la empresa, la recepción de una cantidad de dinero en vez de la continuación del negocio familiar.

No habrá duda cuando el testador establezca de forma expresa la imputación de la empresa en los tercios correspondientes, o si claramente manifiesta que la porción de los perceptores en metálico, debiera ser la legítima estricta o una porción indivisa determinada que cubra aquella. Pero si el testador no dispuso mejora alguna (FOSAR BENLLOCH⁵⁶) y se limitó a adjudicar la empresa a uno de los descendientes, se discutirá si debe pagar la cuota que les corresponde en la totalidad de la herencia o si solo será la parte alícuota de la legítima estricta. (Y dentro de esto varias posibilidades: legítima amplia o estricta). En definitiva, el clásico problema de las mejoras tácitas y su extensión.

A juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO⁵⁷, hay mejora tácita a favor del adjudicatario en el 1056, 2) CC aunque el testador no haya declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar, y por lo tanto la legítima a satisfacer en dinero será la estricta. Sin embargo, dependiendo de cómo sea la vía empleada por el testador o los términos de su expresión, caben distintas posibilidades. Si el tributario es un legatario, se podrá resolver por la mecánica del artículo 828 del Código Civil. Si fue instituido heredero, dependerá de la interpretación de la voluntad del testador a través del testamento o de otros medios.

La STS del 18 de Junio de 1982, falló a favor de que el adjudicatario tiene que pagar solo la legítima corta, a menos que de la voluntad del testador se dedujese otra cosa, puesto que la voluntad del testador era que se conserve indivisa la empresa y el gravarla con altas cantidades, hace peligrar su continuidad; así pues, como del testamento no resulte otra cosa, debe entenderse legítima corta o estricta.

El 1056, 2) CC es por lo tanto una de las mejoras tácitas admitidas por el Código Civil. Hoy, con la nueva redacción, al decir “*que se pague en metálico su legítima a los demás interesados.*” la palabra “interesados” y “legítima” deja abierto el campo a diversas posibilidades, por lo que es conveniente que el testador manifieste clara y expresamente su voluntad, con formulas precisas para evitar problemas de interpretación. Algo que apoya la tendencia de los que defendemos que la facultad del 1056, 2) CC debe ser hecha en

⁵⁶FOSAR BENLLOCH, F. “Más sobre el artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil”. (Op. Cit. Pág 225 y s.s.).

⁵⁷DOMINGUEZ LUELMO, A. “El pago en metálico de la legítima de los...” (Op. Cit. pag. 47 y 52)

testamento o al menos en escritura publica, es decir, que no haya duda de cual fue su voluntad.

El heredero o legatario. Entiende DOMÍNGUEZ LUELMO⁵⁸ que se trata claramente de un heredero y aunque el testador no lo nombra heredero, estamos ante una institución de heredero, ya que recibirá casi la totalidad del caudal hereditario. A mi juicio no es correcto esto, pues será la voluntad del testador la que conceda la condición de heredero o de legatario e incluso que sea un heredero *ex re certa* o que toda la herencia se distribuya en legados. Cabe por ejemplo, y ocurre habitualmente en la práctica, que el padre legue la empresa que constituye casi todo su patrimonio a un solo hijo, con la obligación del 1056, 2) CC y además instituya herederos sacramentalmente a todos los demás para no desmerecerlos o mostrarles su cariño pero con el cuidado de no hacerles incurrir en la responsabilidad del artículo 1084 del Código Civil.

9.- EL PAGO DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO. NATURALEZA Y POSICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DEL LEGITIMARIO

La doctrina dominante⁵⁹ estima que es un legatario de la legítima estricta en metálico. Se matiza que esto tiene trascendencia práctica, porque si fuere un heredero, tendría la responsabilidad solidaria del 1084 CC frente a los acreedores de la herencia -lo que sería injusto-. Por eso, debe ser un legatario de cuota. Esto será así con independencia de que se le designe heredero, ya que el artículo 675 CC establece como ley de la sucesión la intención del testador. Esa intención, fue la de nombrar heredero al adjudicatario relegando a los otros interesados a un legado de legítima. Todo en concordancia con las teorías clásicas que se contienen en los artículos 668 y 768 CC, de los que se deduce que dejar la legítima en metálico aunque sea extrahereditario, supone no querer atribuir condición de heredero. LACRUZ BERDEJO⁶⁰ lo califica de legado de valor puro de la herencia y en consecuencia no soporta la responsabilidad del artículo 1084 CC.

⁵⁸DOMINGUEZ LUELMO, A. “El pago...” (Op. Cit. nota anterior, pag. 52).

⁵⁹VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056...” (Op. Cit. Pág. 674).

⁶⁰LACRUZ BERDEJO, J.L. “Notas al...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 310)

La doctrina más moderna (RUEDA ESTEBAN⁶¹ , HUERTA TROLEZ⁶²) entiende que con la nueva redacción se llega mas allá y con la adjudicación de la herencia a un solo heredero (o varios) cumpliendo los requisitos del artículo 1056, 2) CC (interés familiar, conservación..), si el testador lo decide así, se transforma el derecho del legitimario a obtener el pago de sus derechos en bienes de la herencia (*pars bonorum*), en un derecho a percibirla en metálico (incluso extrahereditario) o sea un simple crédito (si bien con las garantías que veremos). De aquí una excepción importante más a la intangibilidad de la legítima.

No obstante, a mi juicio, como se puede observar en las formas de pago, la naturaleza de la legítima en el Derecho Civil común, sigue siendo prioritariamente una *pars bonorum*.

10.- GARANTIAS DEL PAGO EN METALICO A LOS DEMAS INTERESADOS

Es el centro del problema: la posición jurídica del perceptor en metálico de sus derechos: como garantizar sus derechos desde el momento de la apertura de la sucesión hasta el pago efectivo; conocemos que la L.H. (artículo 15) habilita un sistema suficiente para garantizar las legítimas de aquellas cuyos derechos provienen de la Compilación Catalana u otras leyes forales con legítima de naturaleza *pars valoris*; como quiera que la naturaleza de la legítima castellana es *pars bonorum*, se discutió si el mecanismo del artículo 15 L.H. fuere el apropiado para garantizar a los legitimarios del artículo 1056, 2) CC.

La doctrina minoritaria (SANZ FERNÁNDEZ⁶³ y GONZALEZ PALOMINO⁶⁴) no consideraron de aplicación el 15 L.H. al supuesto del 1056, 2) CC porque entendían que era una garantía reservada a las legítimas catalanas y forales. Para ellos, el legitimario del 1056, 2) CC podía promover el juicio de testamentaría y su posición estaría suficientemente garantizada, no correspondiéndole la acción que se recoge en ese artículo. Pero actualmente, con la redacción del 1056, 2), este sector habría modificado su postura, pues la

⁶¹RUEDA ESTEBAN, L. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. (Pág. 226 y 227).

⁶²HUERTA TROLEZ, A. “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio” en Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. 3ª época, nº 27-October 2003. (Op. Cit. Pág. 43 a 86). También publicado en la Revista Jurídica del Notariado (Op. Cit. páginas 128 y 129).

⁶³SANZ FERNANDEZ, A. SANZ FERNANDEZ, A. “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”. Madrid 1945. (Pág. 144 y s.s.).

⁶⁴GONZALEZ PALOMINO, J. “Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio”. (Op. Cit. Pág. 503 y s.s.).

naturaleza del derecho de los legitimarios se aproxima a la del Derecho foral catalán. No obstante, hoy todo esto se encuentra superado.

La doctrina mayoritaria (VALLET DE GOYTISOLO⁶⁵, CAMARA ALVAREZ⁶⁶, ALBALADEJO GARCÍA⁶⁷) aceptó la aplicación del artículo 15 L.H. como garante de los derechos del legitimario del 1056, 2) del Código Civil, puesto que entendieron que la partición había sido ejercitada ya por el testador y por lo tanto, no podían los legitimarios pedir el juicio de testamentaria. En consecuencia debe reconocérseles la garantía del artículo 15 L.H., puesto que de otra forma carecen de defensa. Pero esta idea no siempre se aceptó así. Veamos como han ido evolucionando estas teorías en la doctrina.

La vieja teoría de MUCIUS SCAEVOLA⁶⁸ consideraba que la adjudicación del establecimiento era una “adjudicación condicional” y “pendiente del abono del metálico”. Hasta que no se cumpliese la condición, no sería efectiva la adjudicación en derecho. Tenía base en una lectura modalizada del artículo 1062 del Código Civil, por la cual, si la cosa era indivisible o desmerecía por su división, podría adjudicarse a calidad de... entendiéndose “a condición de...”. En consecuencia, los bienes están afectos al derecho de los legitimarios mientras esté pendiente la condición (*Pars bonorum pura*). En contra, LOPEZ JACOISTE⁶⁹, consideró que la obligatoriedad del abono no era un requisito que suspendiese la efectividad de la adquisición, que era efectiva, pudiendo hacerse el pago de las legítimas a posteriori. Del mismo artículo 1062 del Código Civil así se deduce, porque no dice que haya de abonar antes de adquirir. Además, se aplicaría el 15 de la Ley Hipotecaria por el que el adjudicatario adquiriría inmediatamente, si bien con la carga de pagar a los legitimarios.

PORPETA CLERIGO⁷⁰ entiende que la adjudicación de la explotación es “para pago de deudas” luego el derecho del legitimario será igual que el de un acreedor; no se producirá ninguna afección real sobre los bienes, y por lo tanto su garantía será la del artículo 45

⁶⁵VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056” (Op. Cit. Pág. 673 y s.s.).

⁶⁶CAMARA ALVAREZ, M. “Compendio de Derecho sucesorio”. (Op. Cit. páginas 437 y 438).

⁶⁷ALBALADEJO GARCÍA, M. “Dos aspectos de la partición hecha por el testador” A.D.C. I-III 1948, (página 922 y s.s.).

⁶⁸SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil”. Tomo XVIII, 2ª Edición, Madrid 1954. (Op. Cit. página 610).

⁶⁹LOPEZ JACOISTE, J. J. “La mejora en cosa determinada”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1961.(página 191 refiriéndose a abono en cosa concreta).

⁷⁰PORPETA CLERIGO, F. “Naturaleza jurídica de la legítima”. Estudios sucesorios. Curso de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona. (Pág. 202 y 203).

L.H.; en contra, FOSAR BENLLOCH ⁷¹ criticó de insuficiente la garantía del artículo 45 L.H., pues salvo que se hubiese determinado por acuerdo de todos el crédito pendiente no constaría en escritura pública (como ocurría con el crédito garantizado para la adjudicación en pago, requisito exigido por el artículo 45 L.H).

No queda otra posibilidad que un auto o la sentencia firme para la anotación del embargo, y en cualquier caso, hasta que se determine por los tribunales la cuantía de la legítima, el legitimario estará indefenso frente a una posible enajenación del bien adjudicado. Con CAMARA ALVAREZ⁷² distinguiremos dos situaciones: 1.- que se haya hecho partición testamentaria en regla, porque el testador hizo la adjudicación de la empresa y con eso ha liquidado la herencia concretando las cantidades o bienes que han de percibir los legitimarios no adjudicatarios. 2.- Que solo se haya dictado una norma particional con voluntad de adjudicar la empresa e imposición de pagar legítimas sin realizar partición en regla, ni liquidación. La norma particional es vinculante y tiene que ser acatada por todos, pero la partición no ha sido hecha. Hay dos posibilidades:

PRIMERA.- Si se hizo la partición en regla, serán de aplicación el artículo 15 LH a los derechos del 1056 2) CC de manera que los legitimarios garantizarán sus derechos sobre inmuebles de la empresa inscritos a favor del adjudicatario. A juicio de CAMARA ALVAREZ⁷³, en primer lugar, se desmiente el razonamiento de las teorías partidarias de la aplicación del artículo 15 L.H, porque si no se garantiza al legitimario del 1056, 2) CC, con el 15 L.H. llegamos a resultados absurdos. En otro caso, se ha de negar la inscripción de la explotación a favor del adjudicatario, (lo que es privar absolutamente de eficacia al 1056, 2) CC).

En definitiva se ha de admitir la inscripción a favor del heredero sin asegurar el derecho de los legitimarios, lo que supone desampararles. La consecuencia es que sería absurdo que por defender la teoría pura de la legítima castellana se reduzca a los legitimarios del 1056, 2) CC a la condición de simples titulares de un derecho de crédito sin la protección del artículo 15 L.H., paradójicamente menos protegidos que con el sistema de la *pars bonorum*.

⁷¹FOSAR BENLLOCH, F. “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 377 y s.s.).

⁷²CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico...”(Op. Cit. Pág. 860 y s.s.).

⁷³CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio de...” (nota anterior, pag 863)

En conclusión, admitiremos la aplicación en este caso, del artículo 15 L.H. (y más aún con la nueva redacción del artículo 1056, 2)). Para eso, hay que analizar que se cumplen las exigencias del artículo 15 LH:

a.- que se trate de un legitimario de parte alícuota. Los que se mencionan en el artículo 1056, 2) CC: “... la legítima de los demás interesados...”.

b.- que el heredero se halle autorizado para pagar las legítimas en metálico a los demás interesados. Es más, no es que esté facultado, sino que está obligado, aunque con un amplio abanico de posibilidades del 1056, 2) CC, entre las cuales puede escoger.

c.- que ese legitimario no pueda promover el juicio de testamentaría. En este caso, como el testador ha hecho la partición, los legitimarios no pueden plantear dicho juicio.

La consecuencia es que la garantía del artículo 15 L.H. se puede aplicar, aunque no en su totalidad, ya que el párrafo segundo (designación de bienes concretos para el pago de legítima) tendría difícil encaje, si bien con la nueva redacción del artículo 1056, parece que ahora adquiriera su sentido.

En definitiva, se aplicará el artículo 15 L.H. de la siguiente forma:

1.- La mención del derecho del legitimario será de oficio, al tiempo de la inscripción y sobre inmuebles de la empresa. Esa mención guarda analogía con las anotaciones preventivas (ROCA SASTRE⁷⁴): es una afección legitimaria que funciona como una carga que grava el bien hereditario, como un fideicomiso, reserva, condición, modo....)

2.- Hay dos tipos de menciones: La mención legitimaria abstracta: publica que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios sin cuantificarlos (se confunde casi con las cláusulas particionales). Y la mención concreta: están cuantificadas las legítimas, pero aun no han sido pagadas.

3.- Efectos: las normas del artículo 15 L.H. Se hace constar con la inscripción de los inmuebles de la empresa formando parte de la propia inscripción y sirve de garantía para cobrar la legítima, ya que el tercero adquirente a título oneroso es advertido de la afección al pago de la misma. Y el efecto que se desprende del artículo 15 de la L.H: Durante los cinco primeros años desde la fecha de la mención, quedan afectos solidariamente al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía correspondiente. Transcurridos los

⁷⁴ROCA SASTRE, R. M. “Estudios de Derecho privado”. Tomo II. (Op. Cit. Pág. 369 y s.s.).

cinco primeros años desde su fecha, si no se hubiera fijado el importe de las cuantías o concretado la garantía sobre ciertos bienes inmuebles, continuará surtiendo efectos la mención solidaria hasta cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante.

Si se han concretado las garantías en bienes inmuebles determinados, continuará surtiendo efecto la mención sobre ellos durante veinte años desde la muerte del causante. Si no se han concretado y se fijaron las cantidades, surtirá efecto la mención sobre toda la herencia por esa cantidad hasta 20 años desde el fallecimiento del causante. Si la asignación (concreción) de bienes para pago de legítima fuere insuficiente puede ser impugnada en 5 años desde la fecha. Se cancela si transcurridos cinco años no se impugnó y se depositó cantidad suficiente en establecimiento bancario.

Todo esto concuerda con la nueva redacción del artículo 1056, 2) CC que dice “.....aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador...” Adviértase que nada tiene que ver con los perceptores de legítimas del artículo 841 Código Civil y siguientes, que son equiparados a un legatario de cantidad y su protección deriva del artículo 844.2 del Código Civil; de suerte que en el artículo 1056 del Código Civil, si el adjudicatario no paga, se le puede solicitar la revocación de la partición a efectos reales (incluso si hubiese sido enajenada a un extraño).

De todas formas, a la misma solución llega VALLET DE GOYTISOLO⁷⁵ por vía más sencilla: como vimos, el acreedor del 1056, 2) CC (al igual que ocurre en los artículos 821 y 829) CC puede exigir el cumplimiento de un modo impuesto por el testador, pero “implícitamente decidido por la ley”. Como es un modo, no suspende la disposición sino que debe cumplirse (artículo 797 Código Civil), y en caso de incumplimiento dará lugar a una acción para reclamar el cumplimiento o incluso revocar la disposición. La garantía es el carácter real del derecho del legitimario que se hace eficaz sobre bienes inmuebles de la herencia mediante la mención del artículo 15 L.H. y la de los artículos 85 y 80.2 R.H., a juicio de VALLET DE GOYTISOLO⁷⁶ que yo comparto, “mal redactados y peor concordados”.

⁷⁵VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios al 1056” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dirigidos por Manuel Albaladejo.... (Op. C it. Pág. 156 y s.s. en especial, pág. 158 y 159).

⁷⁶VALLET DE GOYTISOLO, J.B. “Comentarios...” (Op. Cit. Pag 160).

SEGUNDA - El testador se limita a ordenar la adjudicación de la empresa como una simple norma de la partición, instituye herederos y legatarios y a uno de ellos, indica le sea adjudicada la empresa.

Creo que no nos encontramos en el caso del artículo 1056, 2) CC y además no cabe aplicar las garantías que hemos expuesto antes, ya que aquellas son para el caso de partición y en este caso no ha sido aun realizada ni siquiera por el testador. Es preciso practicar la partición y liquidación de la herencia y por lo tanto, ni el destinatario de la explotación puede considerarse aun dueño de la misma, ni están fijadas ni pagadas las legítimas. Las garantías en este caso, son todas las de un legitimario, heredero o legatario antes de la partición: que la adjudicación no se haga hasta que se practique la partición, iniciar el juicio de testamentaría... La nueva LEC establece que cuando el testador hubiese marcado reglas especiales para el inventario, avalúo, liquidación, división... los herederos voluntarios y los legitimarios, los legatarios, deberán someterse a ellas y por tanto no se excluye el juicio de testamentaría (artículo 786 LEC).

11.- EL INCISO FINAL DEL 1056, 2)

El inciso final del 1056, 2) CC dice *“No será de aplicación a la partición así realizada, lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”*.

Esto tiene dos interpretaciones, una de sentido jurídico, que es que la declaración es inútil y sobra, porque la partición del 1056, 2) CC no requiere aprobación expresa de todos los interesados ni en su defecto aprobación judicial y sus plazos para comunicar y partir nada tienen que ver con el de los cinco años y además, los preceptos de los artículos 841 CC y siguientes (la sección) no son aplicables ni tienen que ver con el supuesto del 1056, 2) CC. En consecuencia, el adjudicatario no puede optar ni puede elegir como pagar salvo que se lo permitan; además no parece que se devengue interés automáticamente (artículo 847 CC).

En definitiva, ya explicamos, anteriormente las diferencias entre ambas figuras. Por un lado, como expusimos, los artículos 841 CC y siguientes se refieren a bienes de la herencia en general y hay más controles para proteger al legitimario. Por otro lado, el artículo 1056, 2) CC se refiere a la empresa familiar y hay más agilidad para facilitar al adjudicatario el acceso a la misma y el mantenimiento de la unidad familiar. También hay otra interpretación que consiste en conciliar una y otra posibilidad: la de que al excluir

específicamente los artículos 843 y 844 1) ambos del CC, puedan entenderse aplicables los demás, posición que compartiremos porque será la única forma de que acceda al Registro de la Propiedad la anotación del derecho de los legitimarios expectantes a la concreción de su derecho en virtud del artículo 831 CC.

12.- TIEMPO DE DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DEL METALICO O FORMAS DE PAGO COMPENSATORIO. BREVE RESEÑA HISTORICA

En las leyes del Toro, el exceso en casos de mejora en cosa determinada se valoraba por el valor estimado en el momento de pago o solución. El jurista AYERVE DE AYORA⁷⁷ distinguió dos situaciones: si el testador concretó legítima en bienes específicos, sería el valor de estos a la muerte del causante; si el testador no señalo bienes determinados, sería el valor de los bienes al momento de hacerse la partición. Antes de la reforma de 13-5-81, el artículo 818 del Código Civil, recogía: “valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador”, el artículo 1074: “valor de las cosas cuando fueran adjudicadas” y el artículo 1056, 2): no escogía tiempo. A partir de aquí, surgieron las doctrinas (algunas de las cuales se mantienen incluso tras la reforma de 13-5-81).

ROCA⁷⁸ entendió que la depreciación del valor que ha de pagarse en concepto de legítima depende de la forma en que se exprese el valor de aquella (cuantía exacta, porción indivisa), así, pues, en el caso del artículo 1056, 2) CC distingue: 1.- si se fijó la legítima en dinero, el criterio es el del momento de la muerte del causante de manera que el transcurso del tiempo hasta el pago puede ocasionar lesión para el legitimario. ROCA⁷⁹ considera necesario que la Ley y los Tribunales admitan coeficientes de actualización. 2.- Si se fijó en bienes o cuotas concretas, el criterio será el de la valoración de esos bienes o cuotas al momento de la que se hace respecto de los restantes bienes del caudal hereditario. VALLET DE GOYTISOLO⁸⁰, considera que no podemos acogernos solo al artículo 818 CC, que sirve para calcular las legítimas y reducción de inoficiosidades; y que el sistema que escoge el 1056, 2) CC es mixto de ambos reguladores (artículos 818 y 1074 ambos del

⁷⁷ AYERVE DE AYORA, A. “*Tractatibus de partitionibus bonorum*”. I, III, números 7 a 10. Granada 1586. Traducción Universidad de Granada.

⁷⁸ ROCA SASTRE, R. M. “Estudios de Derecho privado”. (Op. Cit. Pág. 369 y s.s.).

⁷⁹ ROCA SASTRE, R.M. “Estudios...” (Op. Cit. Pag 370)

⁸⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Apuntes – Las legítimas”. (Op. Cit. Pág. 223 y s.s.) y “Las legítimas”. (Op. Cit. Pág. 242 y s.s.).

Código Civil). El primero se emplea (818 CC) para calcular las legítimas y porciones alícuotas (valor nominal “no petrificado”), que quedan fijadas en una participación del caudal relicto por su valor a la fecha del fallecimiento del testador (cuota ideal, fracción, calculo algebraico). El segundo (1074 CC) se emplea para calcular en “el momento que se quiera” su exacto valor dinerario, que se cifrará con relación al valor que esa porción tenga en la fecha de satisfacción. Excepción hace cuando los herederos y legitimarios, de común acuerdo, hayan cifrado y concretado bienes que constituyan el peculio exacto.

CAMARA ALVAREZ⁸¹ se manifiesta en esa línea. La suma a entregar al legitimario no tiene que ser calculada necesariamente por el valor de los bienes al momento de morir el testador, sino la cuota que estos constituyen en relación con el caudal hereditario en ese momento, pero por su valor dinerario al liquidarse la herencia. En el caso del artículo 829 CC, para reducciones por inoficiosidad, se estará al criterio del artículo 818 CC (valor de bienes al morir el causante). Igual criterio se empleará para el artículo 821 CC.

Pero para el caso del 1056 CC, CAMARA ALVAREZ⁸² admite no obstante dos posibilidades: a) adjudicación de empresa sin cuantificación de la legítima, en cuyo caso aplicaremos la teoría mixta de antes: Valoración de cuota conforme al 818 CC y cuantificación en metálico por tiempo del 1074 Código Civil. b) Adjudicación de empresa con cuantificación exacta de legítima, caso en el que se entiende que el testador ha practicado la liquidación y no hay dudas, salvo perjuicio en su legítima. Sobre el valor de la empresa y su consideración numérica se ha manifestado MARTINEZ ESPÍN⁸³.

La polémica se plantea por la volatilidad y variación de valor de la empresa, durante el tiempo que media entre la muerte del causante y el momento de la liquidación. Tratándose de otros bienes de la herencia el artículo 847 CC resuelve conforme la teoría vista: *“Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieron los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidos. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal”*; criterio que sigue el artículo 847 CC para pago de legítimas en

⁸¹CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico”. Centenario de la Ley Notarial-1962. (Op. Cit. Pág. 860 y s.s.).

⁸²CAMARA ALVAREZ, M. “Estudio sobre el pago en metálico...” (Op. Cit. Pág. 863).

⁸³MARTINEZ ESPIN, P. “Comentario al artículo 1056 CC”, en “Comentarios al CC”. (Op. Cit. página 1237).

metálico y que bien puede servir para resolver el problema, si no fuere por la complicada aplicación como supletoria, de la normativa de los artículos 841 CC y siguientes al 1056, 2) CC.

Esta solución del artículo 847 Código Civil puede valer para los casos de patrimonio con cierta estabilidad de valor, pero en el caso de la empresa o establecimientos mercantiles, con valor volátil del bien, influencia de la coyuntura económica y capacidad de gestión del empresario, se puede producir una fluctuación del valor que perjudique a los legitimarios o al adjudicatario. Piénsese en la disminución de valor que puede sufrir la empresa, solo por la desaparición del emprendedor originario (causante) o el aumento del valor por la incorporación a la gestión del adjudicatario (lo que no forma parte del caudal hereditario).

Los resultados pueden ser diversos. Si tomamos en cuenta el momento de la apertura de la sucesión y se deprecia el dinero, el perjuicio a los legitimarios es notable. Si ocurre lo contrario, se ven beneficiados. Esto combinado con las causas objetivas y subjetivas de la depreciación (por ejemplo, la mala gestión del adjudicatario o una crisis del sector, o un deterioro de la economía puede producir efectos impredecibles). Si se toma en consideración el tiempo de la liquidación y en ese momento la empresa ha disminuido notablemente de valor por la mala gestión del adjudicatario, los legitimarios sufren perjuicio injustamente. Si al contrario, se produce una revalorización por el buen hacer del heredero, no es justo que pague excesivas cantidades a los otros legitimarios.

La posible solución sería que los testadores deberán normar los tiempos de valoración del establecimiento, previendo la liquidación y además, deben introducir “cláusulas de estabilización” para asegurar la justicia de la partición. Por eso es más que conveniente que el proceso se refleje en documento auténtico y eficaz, y ese es el testamento. Parece que es esta la solución que ha previsto la redacción que se hizo meses más tarde del artículo 831 CC, si bien, nos planteamos parecidos problemas de fluctuación del patrimonio del causante entre los tiempos de apertura de sucesión y pago de legítimas.

13.- LAS FORMAS DE PAGO DE LA LEGÍTIMA A LOS DEMAS INTERESADOS

13.1- LA FORMA GENUINA. Lo será con otros bienes de la herencia que no formen parte de la empresa, ya que se aplicaría el artículo 1056, 1) CC, esto es, la partición por el

mismo testador. El 1056, 2) CC no sería más que supletorio porque no tiene sentido más que cuando en el caudal hereditario no hay otros bienes o dinero.

Así pues, se aplica el principio general de la *pars bonorum* (artículo 806 Código Civil).

13.2- PAGO EN METÁLICO. Es la forma natural de pago, el precepto lo sitúa en primer lugar: “... disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados...”. Ahora bien, se plantean algunas cuestiones: ¿Cuándo es el momento? ¿Existirá Aplazamiento en este caso? A mi juicio, si hay metálico, no entra en juego el artículo 1056, 2) CC sino el artículo 1056, 1) CC y por lo tanto no es aplicable el plazo de los 5 años -que se reserva para el segundo párrafo, de dinero extrahereditario u otros medios de extinción de las obligaciones. ¿Cuál sería el plazo para el pago en este caso? Sentado que el de los cinco años no corresponde, parece que debiera aplicarse el del 844 en su primer párrafo, pero ocurre que el 1056, 2 CC lo excluye expresamente; pero el 844, 2 CC, habla de plazo, que es evidentemente el del 844.1 CC que no se aplica por la exclusión del 1056, 2 CC. No existe por lo tanto plazo señalado y el devengo sería desde el mismo momento de la apertura de la sucesión con el incremento correspondiente a los intereses por el retraso que se produzca. Todo esto, salvo que entendamos que la exclusión del plazo establecido por el 844.1 CC que se realiza en el 1056, 2 CC se refiere exclusivamente a la partición realizada en los términos de ese segundo párrafo del 1056 CC y no del primero, con lo que se aplicaría para la partición verificada conforme el 1056,1 CC el plazo que conocemos del 844 CC, de un año.

13.3-PAGO MEDIANTE EFECTIVO EXTRAHEREDITARIO. Lo contempla específicamente el texto del artículo 1056, 2) CC: “A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario”. Ya estaba admitido antes por la doctrina más moderna (GARRIDO DE PALMA⁸⁴, RUEDA ESTEBAN⁸⁵), pero debe ser establecido expresamente por el testador: Si lo hace, acerca la naturaleza de la legítima a la *pars*

⁸⁴GARRIDO DE PALMA, V. M. “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil”. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”. (Op. Cit. Pág. 2027).

⁸⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. (op. Cit. Pág. 233 y s.s.).

valoris. Si no dice nada, cualquier legitimario puede pedir su legítima en bienes de la herencia (*pars bonorum*).

Con esto, se respalda la doctrina, mas avanzada, de acercamiento a la idea de la legítima como *pars valoris*, pero es mas, combinado con el aplazamiento, y con la posibilidad de adjudicar la empresa a un extraño, se abre un nuevo campo a la transmisión de la explotación familiar al colaborador extraño, para que durante el plazo de cinco años, pague los derechos a los interesados, incluso con financiación procedente de la misma empresa de la que es adjudicatario. Este ámbito, fue ampliado con la redacción del 831 CC que se realizó unos meses más tarde, de forma que el 1056, 2) CC resulta inocuo ante las grandes posibilidades de la fiducia sucesoria.

Además, en el precepto, a pesar de que dice “*su legitima*”, ha cambiado la palabra “legitimarios” por “... *los demás interesados*”, que no significa que puedan ser otros que los legitimarios salvo dos apreciaciones: Como no se comprendería que un extraño tuviese derecho a la legítima, puede entenderse que el legislador quiso incluir el término “interesados” al viudo o viuda (ya comentado anteriormente). Que al poder adjudicar a un “no legitimario”, pueda querer el testador dejar a los que si lo son, más de lo que por legítima les corresponda, incluso el valor integro de la empresa, pagadero en plazo y financiado con la misma empresa al adjudicatario que tiene que pagar. En cualquier caso, de aceptarse que el 1056, 2) CC se refiera en la adjudicación, también a “no legitimarios”, tenemos algo que no se contempla en la facultad de 831 CC, y por lo tanto, la combinación de ambos abre un gran abanico de posibilidades.

14.- EL APLAZAMIENTO DE PAGO

Fue la innovación más importante de la redacción del 1056, 2) CC por la ley 7/2003 en este punto: el plazo de pago será el que se señale por el testador o por el contador partidor, que no superará de 5 años. La norma resuelve además el inicio del cómputo: “... y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador”. El legislador se ha inclinado por la defensa del interés de la empresa en perjuicio del interés del legitimario.

Con el pago de dinero extrahereditario y aplazamiento, se consigue que el adjudicatario se financie el metálico de las legítimas con la misma explotación -sus rendimientos-, sin tener que depender de la financiación externa. Esto facilita la sucesión en la empresa. En principio, la facultad corresponde al testador o contador partidor por él designado: Parece absurda la presencia de un contador partidor (desde luego testamentario), en este caso, porque si el testador ya hizo partición.... ¿para que el contador partidor? Puede deberse a diferentes razones: 1.- Es diferente el valor de una empresa en marcha que el valor de un pago monetario, ya que una empresa en marcha tiene un valor patrimonial y un valor de las utilidades futuras. En concreto, si todos los herederos forman parte del bien patrimonial, este bien puede producir una mayor rentabilidad que el interés sobre el monetario. El contador partidor debería evaluar el valor de la utilidades futuras (positivas o negativas) que podría obtener la empresa y además el valor patrimonial no es el valor contable. Debemos tener en cuenta que el valor patrimonial no es el valor contable sino el valor real (RUIZ DE VELASCO⁸⁶). 2.- Cabe que la partición no haya sido exhaustiva, sino tan solo de la adjudicación del negocio, por ejemplo, en cuyo caso será conveniente el contador partidor. En este caso, se trata de un contador partidor testamentario, no el dativo señalado en el artículo 1057, 2 CC.

El plazo será el señalado por testamento o contador partidor que en ningún caso superara de cinco años. Y se inicia con la muerte del testador (teniendo expresado el inicio del plazo, nos evitamos las discusiones doctrinales que suscita el artículo 843 CC en el pago de la legítima en metálico).

El plazo debe ser de caducidad (por participar de la misma naturaleza del plazo del artículo 844, 2) CC).

Nada se dispone sobre intereses, ni tampoco se prohíbe imponerlos al testador o al contador partidor. Si nada se dijo, no existirán intereses. Aunque aquí, a pesar de no considerar aplicable la normativa de los artículos 841 CC y siguientes del Código Civil como supletorios, si nos vendría muy bien la aplicación del artículo 847 CC que establece que el crédito devengará el interés legal desde la liquidación.

⁸⁶RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. "Manual de Derecho Mercantil". Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas". 2ª Edición. Madrid 2003. (páginas 40, y las 132 y 133).

Esta innovación del aplazamiento, resuelve la vieja polémica doctrinal entre ROYO MARTINEZ⁸⁷ (que sostenía que el art.1056 CC no lo prohibía expresamente) y FUENMAYOR⁸⁸ (quien lo consideraba precepto de excepción y de aplicación restrictiva, luego no admitía aplazamientos).

No obstante ya hemos analizado anteriormente, la laguna de la ley en lo que se refiere al plazo para el pago de la legítima a los demás interesados en el caso de pago en metálico de la herencia o incluso extrahereditario. No obstante reiteramos que el plazo de cinco años no corresponde, parece que debiera aplicarse el del art. 844 CC en su primer párrafo, pero ocurre que el art. 1056, 2 lo excluye expresamente; pero como he razonado, el art. 844, 2 CC, habla de plazo, que es evidentemente el del art. 844, 1 CC que no se aplica por la exclusión del art. 1056, 2 CC. En consecuencia, en principio no existe plazo señalado y el devengo sería desde el mismo momento de la apertura de la sucesión con el incremento correspondiente a los intereses por el retraso que se produzca. Preferimos la interpretación de entender que la exclusión del plazo establecido por el art. 844, 1 CC que se realiza en el art. 1056, 2 CC se refiere exclusivamente a la partición realizada en los términos de ese segundo párrafo del art. 1056 CC y no del primero, con lo que se aplicaría para la partición verificada conforme al art.1056, 1 CC el plazo que conocemos del art. 844 CC, de un año.

15.- OTRAS FORMAS DE PAGO

Es también creación del legislador de la Ley 7/2003 por la que se modificó el art. 1056, 2 CC: *“podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones”*, con lo que acudimos al art. 1156 CC y encontramos formas de extinción en cuanto sean aplicables.

15.1.- Pago o cumplimiento: Es el modo normal, del cual hemos hablado: en metálico, incluso extrahereditario. En este caso cabe reseñar algunas especialidades:

a) La del artículo 1170 del Código Civil que en su párrafo segundo, admitiría pagares, letras de cambio u otros documentos mercantiles. Naturalmente será aceptable siempre que su realización no vaya mas allá del plazo señalado por el testador o contador para el pago. Ocurre que la letra de cambio, hoy en día, ha perdido la confianza del tráfico y no parece

⁸⁷ROYO MARTINEZ, M. “Derecho sucesorio mortis causa”. Sevilla 1951.

⁸⁸FUENMAYOR, A. “La mejora de labrar y poseer”. Anuario de Derecho Civil. I a III. (Pág. 902 y s.s.).

ser un medio de pago muy seguro. Por lo tanto se emplean otros medios de pago que se puedan aplicar, pero algunos de ellos necesitarían del acuerdo con los legitimarios.

b) Que funcionarán, en su caso, las normas de imputación de pagos y de ofrecimiento y consignación.

c) Que cabe el pago por cesión de bienes, siempre y cuando resulte de convenios entre el adjudicatario y los otros interesados. Entiendo que también puede el testador imponer esta forma de pago, si bien debe ser cubierta suficientemente la legítima con el importe líquido de los bienes (en caso contrario, procederán según la cuantía del perjuicio, las acciones de rescisión o las de complemento de la legítima).

15.2.- Pérdida de la cosa debida: No procede en este caso, puesto que no se produce el efecto del pago sino cuando haya sido hecha efectiva la legítima. Si se trata de dinero, no cabe pérdida. Si es dación: si la cosa que ha de entregarse en pago de la legítima se pierde antes de la entrega, no se produce efecto de pago; si se pierde después, corre el riesgo, el legitimario, sin perjuicio de sus acciones de saneamiento.

15.3.- Condonación: Evidentemente cabe, si bien se someterá estrictamente a los requisitos del artículo 1187 del Código Civil, tanto respecto a las normas de las donaciones inoficiosas como a las formas de la donación.

15.4.- Confusión de derechos: Cabe en situaciones aisladas, como posterior sucesión en la herencia del legitimario por el adjudicatario, a la vez heredero de aquél. (Por ejemplo: Un nieto es adjudicatario de la empresa de su abuelo, y debe pagar legítima a su padre, que fallece dentro del plazo de 5 años, produciéndose confusión).

15.5.- Compensación: será el caso más habitual, ya que es normal que las empresas familiares tengan créditos contra algunos de los hijos de su titular, que en el momento de la sucesión puedan ser compensados por el adjudicatario con el pago de sus legítimas. Esto supone una posibilidad más para el testador, que en vida puede hacer anticipos de sus derechos a los hijos extraños a la empresa, para en el momento de la sucesión facilitar al adjudicatario la liquidación de esta.

15.6.- Novación: Ya forma parte de los acuerdos entre el adjudicatario y demás interesados que se puedan hacer, incluso alargando el plazo de satisfacción con los pactos oportunos sobre intereses moratorios e incluso aplazamientos y esperas para el pago.

15.7.- Las que deriven de la autonomía de la voluntad. Por último, la doctrina cuestiona la posibilidad del pago en formas innovadoras en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Solo señalaremos algunas posibilidades: 1.- La del padre que adjudica la explotación a uno de los hijos para con beneficios procedentes de la misma hacer ciertos repartos a los demás interesados en plazos señalados por el testador y aceptados por los legitimarios si superan los cinco años. 2.- Cuentas en participación de beneficios en la sociedad que controlara el adjudicatario. 3.- Encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera inmuebles para los demás interesados (inmuebles que podrá adquirir con rendimientos de la explotación.

16.- FORMA SUPLETORIA FINAL

Se contempla en el penúltimo inciso del precepto: *“Si no se hubiese establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia”*.

Se trata de una norma supletoria para el caso de que el testador no haya autorizado el pago en metálico, lo que sirve para recordar que a pesar de los acercamientos del Derecho común a los forales, el legislador ha recobrado los principios esenciales de la naturaleza de la legítima en ese Derecho común y reconoce que la legítima sigue siendo *pars bonorum*, al menos si el testador no quiso otra cosa.

17.- NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE AMBAS FIGURAS

17.1.- NATURALEZA DE LA CLAUSULA DE ADJUDICACIÓN Y LA DE LA DELEGACION DEL 831.

En primer lugar, la cláusula renovada del párrafo segundo del artículo 1056 CC es a todas luces de carácter exclusivamente particional, mientras que en el caso del artículo 831 CC nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria. Esto implica que la disposición particional precisará de una institución de heredero o de un legado que no deje lugar a dudas respecto de quien o quienes serán los beneficiarios de la adjudicación de la explotación familiar y de las proporciones en que deban ser tales adjudicatarios.

En el caso de la fiducia sucesoria, existe un heredero fiduciario –cónyuge o pareja de hecho- y unos herederos fideicomisarios –hijos o descendientes comunes-, pero no es preciso determinar en que proporciones deben ser adjudicatarios de los bienes de la

herencia porque la distribución de los mismos se deja al arbitrio del fiduciario, quien podrá mejorar entre aquellos, sin más limitaciones que las que se deriven de las legítimas de los no mejorados y de los derechos de los hijos no comunes.

17.2.- EXIGENCIAS OBJETIVAS.

Para el ejercicio y utilización de la adjudicación de la empresa familiar conforme el 1056, 2) CC, se hace precisa la existencia de algunos requisitos de carácter objetivo: ha de ser en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, además de querer preservar indivisa la explotación económica o explotación familiar; o bien que se trate de mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas. Causas objetivas de suficiente concreción aunque de fácil cumplimiento por lo flexible de su interpretación, como hemos visto anteriormente.

En cambio, en la fiducia del 831 CC, no existe exigencia objetiva alguna, salvo el deseo y voluntad de delegar por parte del causante. Bien es cierto que en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se fundamenta la renovación de este artículo 831 CC en base a la protección del discapacitado y del incapaz. Pero la realidad textual del precepto es que en ningún punto del mismo menciona siquiera a ese incapaz, a diferencia por ejemplo, del reformado párrafo tercero del artículo 808 CC, que lo alude específicamente.

17.3.- EL PLAZO PARA LA EJECUCION DE LA DISPOSICION DEL CAUSANTE.

Ya hemos estudiado antes cual sería el plazo para el pago. En principio, la orden del artículo 1056, 2) CC debe ser cumplida inmediatamente sea aceptada la herencia por el adjudicatario, señalándose un plazo máximo de 5 años a contar desde el fallecimiento del testador, pero solo a los efectos del pago de la legítima a los demás interesados, en el caso de abono mediante metálico aún no existente en la herencia, o con efectivo extrahereditario o incluso mediante cualesquiera otras formas de extinción de las obligaciones. El plazo puede ser inferior, al arbitrio del causante o del contador partidor por él designado al efecto, pero nunca será superior a 5 años desde la apertura de la sucesión.

Aunque ya lo hemos expuesto (en el apartado relativo a la forma de pago de la legítima a los demás interesados, y especialmente en el subapartado de pago en metálico y el de aplazamiento), recapitulamos que existe una laguna de la ley en lo que se refiere al plazo para el pago de la legítima a los demás interesados en el caso de pago en metálico de la herencia o incluso extrahereditario. No obstante, como hemos razonado anteriormente, sentado que el de los cinco años no corresponde, parece que debiera aplicarse el del art 844 CC en su primer párrafo, pero ocurre que el 1056, 2 CC lo excluye expresamente. En consecuencia, en principio no existe plazo señalado y el devengo sería desde el mismo momento de la apertura de la sucesión con el incremento correspondiente a los intereses por el retraso que se produzca. Pero preferimos la interpretación que supone entender que la exclusión del plazo establecido por el art. 844, 1 CC que se realiza en el 1056, 2 CC se refiere exclusivamente a la partición realizada en los términos de ese segundo párrafo del 1056 CC y no del primero, con lo que se aplicaría para la partición verificada conforme el 1056, 1 CC el plazo que conocemos del 844 CC; esto es el de un año.

Pues bien, en el caso de la fiducia del art. 831 CC, se señala un plazo exclusivamente supletorio para el caso de falta de expresión de la voluntad del causante respecto de este punto. Como hemos analizado en capítulo anterior, solo si no se le ha conferido la facultad al fiduciario, de ejercitar la fiducia en su propio testamento –por lo que sería el plazo de su vida- o si no se le señaló otro plazo voluntario por el causante, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes. En conclusión, no hay un plazo máximo para el ejercicio de la fiducia del art. 831 CC, sino tan solo uno supletorio a falta de que la voluntad del causante fije otro, y desde luego de existir uno máximo, sería el de la duración de la vida del fiduciario.

17.4.- LAS FACULTADES CONFERIDAS POR AMBOS PRECEPTOS Y LOS POSIBLES BENEFICIARIOS.

El artículo 1056, 2 CC concede al testador o al contador-partidor por él designado unas facultades de adjudicación exclusiva de la explotación mercantil o industrial del negocio o de la empresa familiar, que podrá ejercitar en el caso de mantenimiento indivisible de esa empresa familiar. Son funciones y encargos, son exclusivamente de adjudicación en cumplimiento de una cláusula particional, para lo que le otorga amplias facultades a los

efectos de pagar la legítima a los demás interesados. A tales efectos no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, facultándole para realizar el abono con efectivo extrahereditario, e incluso establecer un aplazamiento del pago, como hemos visto, con un límite de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador. Le facilita y autoriza a utilizar cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, lo que supone, como hemos visto en su estudio, abrir un amplio abanico de posibilidades.

En la fiducia del art. 831 CC, le concede también al fiduciario todas estas facultades, ya que puede realizar atribuciones y adjudicaciones de bienes concretos, pero por cualquier título o concepto sucesorio –*inter vivos* o particiones *mortis causa*, a diferencia del art 1056 CC que solo cabe *mortis causa*-; pero aún más, de forma expresa –lo que no se manifiesta en el 1056 CC- le autoriza a hacer mejoras –esencia del 831 CC- a favor de hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición. Además, entre las adjudicaciones que permite, están incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar, lo cual es un dato suficientemente diferenciador con respecto a los artículos 1056 y 1271 del Código Civil. En conclusión, las facultades concedidas por el artículo 831 son muy superiores a las del 1056, porque en definitiva, en el 831 nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria, lo que no ocurre en el 1056, que es una concesión estrictamente particional, aunque con mayor amplitud que la tradicional.

El problema más interesante es el del adjudicatario extraño, que se podría interpretar permite el 1056 CC, y no el 831 CC. Como hemos analizado en el estudio del artículo 1056, 2 CC, cabe admitir por la interpretación más moderna, que el adjudicatario de la empresa familiar sea un extraño colaborador con el causante en el negocio mercantil de la misma. Admitiendo la posibilidad de nombrar a un extraño, aunque en el texto literal del precepto no se exige que sea un colaborador del testador en el negocio mercantil, lo lógico es que lo sea, porque así se deduce del espíritu de continuación de la empresa familiar que informa la Exposición de Motivos de la Ley 7 /2003: Pero la decisión del testador parece que sería de total libertad, sin necesidad de justificar que el extraño está previamente ligado al funcionamiento de la empresa. Desde otra lectura, el texto literal del precepto, como hemos expuesto antes, admite la posibilidad de adjudicación del establecimiento, por

ejemplo a uno de los ascendientes (FOSAR BENLLOCH⁸⁹ Y CAMARA ALVAREZ⁹⁰ lo admiten no habiendo hijos o descendientes) para que se pagase en metálico la legítima al otro ascendiente. Todo, en aras del interés familiar, económico y social. También hemos razonado, que al no aparecer la palabra “padre”, puede entenderse que el adjudicatario no tiene porque ser el hijo. El precepto menciona tan solo el “testador”, por lo que parece que podrá disponer a favor incluso de extraños (porque no se exige expresamente relación familiar). En definitiva, por una parte la doctrina y la jurisprudencia clásica que hemos expuesto anteriormente así como la Exposición de Motivos, que se refieren al “entorno familiar”; pero una lectura aséptica y literal del precepto, nos lleva a otra interpretación: la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño.

El caso del artículo 831 CC no deja lugar a dudas respecto de quienes pueden ser mejorados: exclusivamente hijos y descendientes comunes, por lo que no habrá lugar a esas disquisiciones.

17.5.- LA PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS.

El art. 1056 CC tan solo hace alusión a que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, sin otra regulación al respecto que la permisión del abono de las legítimas en diversas formas que hemos expuesto ya (efectivo extrahereditario, aplazamientos no superiores a cinco años, cualquier medio de extinción de las obligaciones y por supuesto si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. En consonancia con las facultades conferidas al testador para que se cumpla sin obstáculos su adjudicación, se excluye de la partición así realizada la aplicación de las garantías concedidas por el artículo 843 CC (no será por lo tanto necesaria la autorización judicial), ni las del 844 CC en su párrafo primero (comunicación a perceptores en el plazo de un año y garantías del legatario de género o cantidad, para confirmar que la legítima sigue siendo *pars bonorum*).

En la redacción del artículo 831 CC se recoge un auténtico régimen legal de los derechos de los legitimarios, ya que las facultades del fiduciario son muy superiores a las

⁸⁹FOSAR BENLLOCH, F. “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. (Op. Cit. Pág. 381).

⁹⁰CAMARA ALVAREZ, M. Estudio sobre el pago en metálico...” (Op. Cit. Pág. 860 y s.s.).

mencionadas en la adjudicación del 1056, 2 CC. Este régimen legal contempla en el 831, 3 CC los derechos de los demás descendientes comunes, tanto respecto de sus legítimas estrictas como de otras mejoras y disposiciones realizadas por el testador a favor de estos. Además concede a esos descendientes comunes, acciones de rescisión, especiales respecto de los actos realizados por el fiduciario en ejercicio de la fiducia, que ocasionasen lesión de los derechos legitimarios. Pero además, también se recoge en el art. 831,4 CC, un régimen especial de protección de las legítimas y disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes, regulando una forma especial de preterición no intencional de algún descendiente no común, en defensa y protección de sus derechos. En conclusión se trata, a diferencia de la escueta regulación en este punto del artículo 1056 CC, de una completa regulación de los derechos y acciones de los legitimarios, sean o no descendientes comunes del causante, esto es, una auténtica fiducia sucesoria, lo que no ocurre en la adjudicación particional del 1056, 2 CC.

18.- LA COMBINACIÓN DE AMBAS FIGURAS

Es patente que la fiducia del art. 831 CC relegó a un segundo plano la posibilidad de adjudicación de la empresa familiar que se recoge en el 1056, 2 CC, porque indudablemente recoge un abanico muy superior de posibilidades. No obstante, nos atreveremos al análisis de si es posible la combinación de ambas figuras, y si la incorporación de la concedida por el 1056 CC a la fiducia del 831 CC añade algo a las facultades del fiduciario y complementa en algo la voluntad del testador.

La primera cuestión es la de si puede el testador conceder al fiduciario la facultad de adjudicar la empresa familiar en los términos del artículo 1056, 2 CC. En principio, a la vista del texto de 1056 CC, cabe esta posibilidad porque se menciona << *establecer por el testador o por el contador partidor por el designado...*>>, por lo tanto, teniendo el fiduciario el carácter de un contador partidor además de todas las facultades que ostenta, deberemos entender que puede ejecutar la adjudicación de la empresa familiar si se le ha facultado para ello.

No obstante, la cuestión es si puede ese fiduciario escoger a cuál de los hijos o descendientes comunes puede realizar la adjudicación de la empresa familiar para la que está facultado, porque una cosa es hacer la adjudicación conforme las instrucciones del

testador y a quien ese determine y otra es escoger el adjudicatario a quien hacerla a su libre albedrío. A mi juicio, también la respuesta debe ser afirmativa en este caso, porque si el fiduciario tiene facultades para escoger entre los descendientes comunes aquellos que han de ser mejorados, también podrá escoger aquel que pueda serlo mediante la adjudicación de la explotación familiar sea o no colaborador en la explotación mercantil, a diferencia del art.1056 CC, que solo permite que sea el testador quien elija, además de que tan solo adjudique a quien sea colaborador en tal explotación.

Y sin embargo, no tiene el fiduciario la posibilidad que nos hemos atrevido a apuntar, de hacer la adjudicación a un extraño –distinto de un descendiente, por ejemplo un sobrino u otro pariente colateral o que no lo sea, pero que haya sido colaborador en la empresa familiar- como no haya sido encargado específicamente por el testador para esa adjudicación, lo que haría no en ejecución de la fiducia sino de su condición de contador partidor cumpliendo la voluntad de las disposiciones del causante, por lo que en este caso concreto, no podría escoger el adjudicatario que no fuese uno de los hijos o descendientes comunes.

En conclusión, cabe que el fiduciario pueda estar encomendado por el testador para la adjudicación de la empresa familiar de la forma siguiente: 1º.- A cualquiera de los hijos o descendientes comunes del causante sin necesidad de que sean colaboradores en la explotación familiar. 2º.- A cualquiera de los hijos o descendientes no comunes o incluso de admitir las teorías más avanzadas, a los extraños siempre que unos y otros fuesen colaboradores en la empresa familiar. Pero en este caso, sería preciso que el causante hubiere hecho la designación de ese adjudicatario de forma que el fiduciario se limitase a la entrega de la explotación mercantil. ¿Qué añadiría entonces a la fiducia del artículo 831 CC que se le facultase a la entrega de la empresa familiar a favor de uno de los sujetos que no son descendientes comunes? Porque realmente la designación, como hemos sostenido, correspondería al causante y el fiduciario se limitaría exclusivamente a la función de entrega como si de un contador partidor facultado para ello se tratase. Pues bien, en esos casos, la concesión de la facultad del 1056, 2 CC al fiduciario, tratándose de extraños o descendientes no comunes, permitiría extender el exiguo plazo máximo de cinco años que permite el 1056 CC a los plazos más extensos del art.831 CC.

En definitiva, admitiremos que el fiduciario podrá atribuir la empresa familiar, utilizando el cauce del artículo 1056, 2 CC, sin necesidad de autorización del testador para ello –por estar implícita en sus facultades- en los casos de tratarse de adjudicaciones a favor de hijos o descendientes comunes. Pero en otros casos –descendientes no comunes o extraños-, será precisa esa autorización expresa con la designación del adjudicatario por parte del testador, alargándose los plazos establecidos en el 1056, 2 CC a favor de los mencionados en el 831 CC.

CONCLUSIONES

1ª.- Desde el punto de vista de su naturaleza, la diferencia esencial entre la cláusula del 1056, 2 CC y la delegación del 831 CC, es que la cláusula del párrafo segundo del artículo 1056 CC es a todas luces de carácter exclusivamente particional, mientras que en el caso del artículo 831 CC nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria. Esto implica que la disposición particional precisará de una institución de heredero o de un legado que no deje lugar a dudas respecto de quien o quienes serán los beneficiarios de la adjudicación de la explotación familiar y de las proporciones en que deban ser tales adjudicatarios. En cambio, en el caso de la fiducia sucesoria, existe un heredero fiduciario –cónyuge o pareja de hecho- o al menos un delegado con todas las facultades de ejecutar la fiducia, y unos herederos fideicomisarios –hijos o descendientes comunes-, pero no es preciso determinar en qué proporciones deben ser adjudicatarios de los bienes de la herencia porque la distribución de los mismos se deja al arbitrio del fiduciario, quien podrá mejorar entre aquellos, sin más limitaciones que las que se deriven de las legítimas de los no mejorados y de los derechos de los hijos no comunes.

2ª.- Respecto de la exigencia de requisitos de carácter objetivo para la validez de una y otra de las cláusulas de los 1056 y 831 CC. La cláusula del 1056, 2 lo ha de ser en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, además de querer preservar indivisa la explotación económica o explotación familiar; o bien que se trate de mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas. Causas objetivas de suficiente concreción aunque de fácil cumplimiento por lo flexible de su interpretación.

En cambio, en la fiducia del 831 CC, no existe exigencia objetiva alguna, salvo el deseo y voluntad de delegar por parte del causante. Bien es cierto que en la Exposición de Motivos

de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se fundamenta la renovación de este artículo 831 CC en base a la protección del discapacitado y del incapaz. Pero la realidad textual del precepto es que en ningún punto del mismo menciona siquiera a ese incapaz, a diferencia por ejemplo, del reformado párrafo tercero del artículo 808 CC, que lo alude específicamente.

3ª.- Respecto a los plazos señalados por el Código Civil para el ejercicio de una y otra facultad. En principio, la orden del artículo 1056, 2 CC debe ser cumplida inmediatamente sea aceptada la herencia por el adjudicatario, señalándose un plazo máximo de 5 años a contar desde el fallecimiento del testador, pero solo a los efectos del pago de la legítima a los demás interesados, en el caso de abono mediante metálico aún no existente en la herencia, o con efectivo extrahereditario o incluso mediante cualesquiera otras formas de extinción de las obligaciones. El plazo puede ser inferior, al arbitrio del causante o del contador partidor por él designado al efecto, pero nunca será superior a 5 años desde la apertura de la sucesión. En el caso de la fiducia del art. 831 CC, se señala un plazo exclusivamente supletorio para el caso de falta de expresión de la voluntad del causante respecto de este punto. Como hemos analizado en capítulo anterior, solo si no se le ha conferido la facultad al fiduciario, de ejercitar la fiducia en su propio testamento –por lo que sería el plazo de su vida- o si no se le señaló otro plazo voluntario por el causante, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes. En conclusión, no hay un plazo máximo para el ejercicio de la fiducia del art. 831 CC, sino tan solo uno supletorio a falta de que la voluntad del causante fije otro, y desde luego de existir uno máximo, sería el de la duración de la vida del fiduciario.

4ª.- Respecto a las facultades conferidas, hay importantes diferencias. El artículo 1056, 2 CC concede al testador o al contador-partidor por él designado unas facultades de adjudicación exclusiva de la explotación mercantil o industrial del negocio o de la empresa familiar, que podrá ejercitar en el caso de mantenimiento indivisible de esa empresa familiar. Son funciones y encargos, exclusivamente de adjudicación en cumplimiento de una cláusula particional, para lo que le otorga amplias facultades a los efectos de pagar la legítima a los demás interesados. A tales efectos no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, facultándole para realizar el abono con efectivo

extrahereditario, e incluso establecer un aplazamiento del pago, como hemos visto, con un límite de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador. Le facilita y autoriza a utilizar cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, lo que supone, como hemos visto en su estudio, abrir un amplio abanico de posibilidades.

En la fiducia del art. 831 CC, le concede también al fiduciario todas estas facultades, ya que puede realizar atribuciones y adjudicaciones de bienes concretos, pero por cualquier título o concepto sucesorio –*inter vivos* o particiones *mortis causa*, a diferencia del art 1056 CC que solo cabe *mortis causa*-; pero aún más, de forma expresa –lo que no se manifiesta en el 1056 CC- le autoriza a hacer mejoras –esencia del 831 CC- a favor de hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición. Además, entre las adjudicaciones que permite, están incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. En conclusión, las facultades concedidas por el artículo 831 CC son muy superiores a las del 1056, 2 CC, porque en definitiva, en el 831 CC nos encontramos ante una auténtica fiducia sucesoria, lo que no ocurre en el 1056, 2 CC, que es una concesión estrictamente particional, aunque con mayor amplitud que la tradicional.

5ª.- La diferencia más discutida e interesante, lo es en atención a quienes pueden ser adjudicatarios o beneficiados por las mejoras. En el caso de 1056, 2 CC, puede ser adjudicatario un extraño, que se podría interpretar permite el 1056 CC y no el 831 CC. Como hemos analizado en el estudio del artículo 1056, 2 CC, cabe admitir por la interpretación más avanzada, que el adjudicatario de la empresa familiar sea un extraño colaborador con el causante en el negocio mercantil de la misma. La palabra “padre” ha sido sustituida por la de “testador” por lo que no se circunscribe al ámbito de los descendientes. Admitiendo la posibilidad de nombrar a un extraño, aunque en el texto literal del precepto no se exige que sea un colaborador del testador en el negocio mercantil, lo lógico es que lo sea, porque así se deduce del espíritu de continuación de la empresa familiar que informa la Exposición de Motivos de la Ley 7 /2003. Pero la decisión del testador parece que sería de total libertad, sin necesidad de justificar que el extraño está previamente ligado al funcionamiento de la empresa. Así pues, se admite la posibilidad de adjudicación del establecimiento, por ejemplo a uno de los ascendientes abonando su legítima al otro.

En el caso del artículo 831 CC, no existen dudas respecto de quienes pueden ser mejorados: exclusivamente hijos y descendientes comunes, por lo que no habrá lugar a esas disquisiciones.

6ª.- Respecto a la protección de los legitimarios. El art. 1056 CC tan solo hace alusión a que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, sin otra regulación al respecto que la permisión del abono de las legítimas en diversas formas que hemos expuesto ya. En consonancia con las facultades conferidas al testador para que se cumpla sin obstáculos su adjudicación, se excluye de la partición así realizada la aplicación de las garantías concedidas por el artículo 843 CC ni las del 844 CC en su párrafo primero. En cambio, en la redacción del artículo 831 CC se recoge un auténtico régimen legal de los derechos de los legitimarios, ya que las facultades del fiduciario son muy superiores a las mencionadas en la adjudicación del 1056, 2 CC. Este régimen legal contempla en el 831.3 CC los derechos de los demás descendientes comunes, tanto respecto de sus legítimas estrictas como de otras mejoras y disposiciones realizadas por el testador a favor de estos. Además concede a esos descendientes comunes, acciones de rescisión, especiales respecto de los actos realizados por el fiduciario en ejercicio de la fiducia, que ocasionasen lesión de los derechos legitimarios. Pero además, también se recoge en el art. 831.4 CC, un régimen especial de protección de las legítimas y disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes, regulando una forma especial de preterición no intencional de algún descendiente no común, en defensa y protección de sus derechos. En conclusión se trata, a diferencia de la escueta regulación en este punto del art. 1056 CC, de una completa regulación de los derechos y acciones de los legitimarios, sean o no descendientes comunes del causante. Esto demuestra que en la figura del 831 CC estamos ante la regulación de una auténtica fiducia sucesoria, lo que no ocurre en la adjudicación particional del 1056, 2 CC.

7ª.- La fiducia del art. 831 CC relegó a un segundo plano la posibilidad de adjudicación de la empresa familiar que se recoge en el 1056, 2 CC, porque indudablemente recoge un abanico muy superior de posibilidades.

Respecto a si es posible la combinación de ambas figuras, hay que concluir en que el testador puede conceder al fiduciario la facultad de adjudicar la empresa familiar en los términos del artículo 1056, 2 CC. A la vista del texto de 1056 CC, cabe esta posibilidad ya que, teniendo el fiduciario el carácter de un contador partidario además de todas las

facultades que ostenta, deberemos entender que puede ejecutar la adjudicación de la empresa familiar si se le ha facultado para ello.

También ese fiduciario puede escoger a cuál de los hijos o descendientes comunes va a realizar la adjudicación de la empresa familiar para la que está facultado, porque si el fiduciario tiene facultades para elegir entre los descendientes comunes aquellos que han de ser mejorados, también podrá escoger aquel que pueda serlo mediante la adjudicación de la explotación familiar sea o no colaborador en la explotación mercantil, a diferencia del art.1056 CC, que solo permite que sea el testador quien elija, además de que tan solo adjudique a quien sea colaborador en tal explotación.

Y sin embargo, no tiene el fiduciario la posibilidad que nos atrevemos a apuntar, de hacer la adjudicación a un extraño –distinto de un descendiente, por ejemplo un sobrino u otro pariente colateral o que no lo sea, pero que haya sido colaborador en la empresa familiar- como no haya sido encargado específicamente por el testador para esa adjudicación, lo que haría no en ejecución de la fiducia sino de su condición de contador partidor cumpliendo la voluntad de las disposiciones del causante, por lo que en este caso concreto, no podría escoger el adjudicatario que no fuese uno de los hijos o descendientes comunes.

8ª.- El fiduciario puede estar encomendado por el testador para la adjudicación de la empresa familiar de la forma siguiente: 1º.- A cualquiera de los hijos o descendientes comunes del causante sin necesidad de que sean colaboradores en la explotación familiar. 2º.- A cualquiera de los hijos o descendientes no comunes o incluso de admitir las teorías más avanzadas, a los extraños siempre que unos y otros fuesen colaboradores en la empresa familiar. Pero en este caso, sería preciso que el causante hubiere hecho la designación de ese adjudicatario de forma que el fiduciario se limitase a la entrega de la explotación mercantil. En esos casos, la concesión de la facultad del 1056, 2 CC al fiduciario, tratándose de extraños o descendientes no comunes, permitiría extender el exiguo plazo máximo de cinco años que permite el 1056 CC a los plazos más extensos del art. 831 CC.

En definitiva, admitiremos que el fiduciario podrá atribuir la empresa familiar, utilizando el cauce del artículo 1056, 2 CC, sin necesidad de autorización del testador para ello –por estar implícita en sus facultades- en los casos de tratarse de adjudicaciones a favor de hijos o descendientes comunes. Pero en otros casos –descendientes no comunes o

extraños-, será precisa esa autorización expresa con la designación del adjudicatario por parte del testador, alargándose los plazos establecidos en el 1056, 2 CC a favor de los mencionados en el 831 CC.

CAPITULO XV. EL FIDUCIARIO DEL ARTÍCULO 831 CC Y LA FACULTAD DE GRAVAR CON SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS O CON FIDEICOMISOS A FAVOR DE HIJOS O DESCENDIENTES COMO FORMA DE MEJORA.

1.- INTRODUCCIÓN

El artículo 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de ciertas modificaciones del Código Civil, produjo algunos cambios sustanciales en el Derecho sucesorio común. Las reformas que introdujo esta Ley iban encaminadas a que los poderes públicos respondiesen a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía no les impidiese disfrutar de los derechos que tienen el resto de ciudadanos reconocidos por la propia Constitución y por el resto de leyes, con la finalidad de que exista una igualdad tanto real como efectiva, según impone el artículo 9.2 de la Constitución y posteriormente la Convención de derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en noviembre de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril 2008

En particular, nos interesan las modificaciones operadas sobre los artículos 782¹, 808² y 822 del Código Civil, que incorporaron un nuevo gravamen de la legítima y una forma más para la conversión de la misma en tangible. Estas modificaciones están referidas para el caso de que existan alguno o algunos hijos o descendientes incapacitados, e incluso el artículo 822 CC no habla de hijos o descendientes sino de legitimarios, con lo que también podrían ser los ascendientes y el cónyuge; asimismo para obtener los beneficios del 822 no es preciso estar incapacitado, sino que basta con ser discapacitado; hace excepción el artículo 831 CC, que en el texto no exige la existencia

¹Artículo 782 CC: “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes

²Artículo 808 CC: “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”

de incapaces, siquiera de discapacitados, aun cuando el espíritu de la norma lo estableció para la protección de los mismos. Entre estos supuestos, nos interesa en particular aquel que permite que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en los términos que veremos, para favorecer al incapacitado, de modo que ampare sus necesidades vitales mientras estas personas incapacitadas vivan y además, la posibilidad de que el mismo delegado por el 831 CC, pueda utilizar esta vía de las sustituciones fideicomisarias a favor de los hijos o descendientes como una forma de mejora a favor de los mismos. Existen muchas cuestiones que analizaremos, como por ejemplo, las relativas a los posibles hijos o descendientes capaces plenamente, que por diversos motivos sean incapacitados con posterioridad a la sustitución fideicomisaria realizada por el testador o fideicomitente, o en caso de que aceptemos la posibilidad de utilizar este fideicomiso por el delegado del 831 CC en ejercicio de sus facultades, la posible discriminación de los legitimarios no incapacitados en beneficio de los que sí lo estén; pero, trataremos especialmente la cuestión de las limitaciones que en orden a las facultades del delegado del 831 CC puede permitir al fiduciario esa constitución de fideicomisos o institución de sustituciones fideicomisarias. También, se añade un segundo párrafo al artículo 1041 CC sobre la exención de la colación de gastos realizados por los padres y ascendientes para las necesidades de los hijos y descendientes con discapacidad.

2.- LA LEY 41/2003. BREVE REFERENCIA A LOS CAMBIOS OPERADOS EN MATERIA SUCESORIA POR ESTA LEY.

Las modificaciones en materia sucesoria que hizo esta Ley, se encuentran reguladas en el artículo 10 de la misma, según lo establecido en el apartado VII del Preámbulo relativo a los cambios en el articulado sucesorio del Código Civil. Básicamente estos cambios son cinco.

1º.- Se introduce una nueva causa de indignidad³ que incapacitará para suceder *abintestato*; se trata de la no prestación por parte de los posibles herederos intestados - descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado- de las “atenciones debidas”, o sea, de los alimentos recogidos en el Título VI del Libro I del

³Artículo 756, apartado 7: “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

Código Civil (artículos 142 a 153), en vida de la persona con discapacidad, aunque éstas no estuvieran obligados a prestarlos. Los obligados recíprocamente a prestarlos son, según el artículo 143 CC, los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los colaterales hasta el segundo grado, esto es los hermanos, aunque su ayuda la restringe el Código a “prestar los auxilios necesarios para la vida”, siempre que los necesiten por alguna causa no imputable al alimentista, extendiéndose a los necesarios para su educación. Del derecho de alimentos estarían excluidos los tíos y los primos (parientes en tercer y cuarto grado, respectivamente, del causante) que sí están comprendidos entre los herederos con derecho a la herencia intestada.

2º.- Se faculta al testador para que grave con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta (que a efectos de este estudio nos interesa especialmente, porque intentaremos analizar si el fiduciario del 831 CC tendrá entre sus facultades la de la constitución de esas sustituciones fideicomisarias o de esos fideicomisos a favor del incapacitado), siempre que el beneficiario sea un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este sentido, se reformó el 782 CC y se añadió un tercer párrafo al artículo 808 CC, relativo a la legítima según recoge el artículo 813 CC⁴. Se estableció una nueva excepción a dicho principio, recogida en el segundo apartado del artículo 813 CC, posibilitando al causante establecer este gravamen. Después veremos si también lo puede hacer el delegado del 831 CC. Por lo tanto, la cuestión es, si esta posibilidad de establecer el gravamen está o no dentro de las facultades de actuación del fiduciario delegado conforme el artículo 831 CC.

En principio, la redacción del artículo 808 CC permite al testador además de esto, en detrimento de los demás legitimarios, gravar el tercio de legítima estricta con un fideicomiso.

La reforma realizada por la LPPD en el artículo 808 CC consistió en añadirle un tercer párrafo, pasando el actual tercero a ser el cuarto. El párrafo añadido dice así: “*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados judicialmente y fideicomisarios los coherederos forzosos*”.

⁴Artículo 813, apartado segundo: “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

Razona DIAZ ALABART⁵ que la primera consecuencia del cambio que se destaca es que una de las características esenciales de la legítima, la imposibilidad de gravarla, esto es, su intangibilidad (hasta ahora así lo disponía el artículo 813 CC), desaparece para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados. En consecuencia, la legítima estricta se puede gravar con un fideicomiso, e incluso, en ocasiones, por la forma en que se establece en la práctica, la constitución del fideicomiso, más que gravar, tiene los mismos efectos que la privación de la legítima⁶.

En conclusión, con esta redacción del artículo 808 CC, que regula la legítima de los hijos y descendientes, se posibilita establecer una sustitución fideicomisaria, sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos y descendientes judicialmente declarados incapaces, mientras que serán fideicomisarios los coherederos forzosos. Se hace una modificación del principio general de intangibilidad de la legítima que recoge el artículo 813 CC, y se establece una nueva excepción a dicho principio (aparte de lo señalado en cuanto al usufructo viudal) recogida en el segundo apartado del artículo 813 CC, posibilitando al causante establecer este gravamen.

3º.- Se modifica el artículo 822 CC⁷, que envía su anterior contenido al último párrafo del artículo 821 CC y da una nueva redacción tanto de texto como de contenido material a este artículo 822 CC, con la finalidad de beneficiar a las personas con discapacidad⁸

⁵DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”. Academia Sevillana del Notariado, Tomo 16, 2, 2008. Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad) En “Familia y Discapacidad”. Reus 2010. (pag 20).

⁶Piénsese que el mismo efecto económico y práctico de utilización completa de los tercios de mejora y libre disposición, si además se grava con el fideicomiso el de legítima estricta, nos encontramos con que el legitimario gravado no podrá usar de su derecho hasta mucho tiempo después. Aun más, si premuere al incapacitado, entonces nunca llega a percibir sus derechos legitimarios que quedan a disposición de sus descendientes. Si además admitimos que cabe la constitución de un fideicomiso de residuo, ese transcurso largo del tiempo –unido a la facultad de disposición del fiduciario- puede llevar a que finalmente no queden bienes del fideicomiso. Esto es un efecto semejante a una privación de la legítima.

⁷Artículo 822: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo con ella.- Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

⁸En cuanto a la redacción, es de notar la diferencia, entre el fideicomiso sobre la legítima y el derecho de habitación del artículo 822 CC. En este último se protege y basta el interés del discapacitado (aquí no es preciso que haya sido incapacitado judicialmente) Ese interés del discapacitado está por

mediante donaciones o legados voluntarios de un derecho de habitación realizadas en su favor siempre que sean legitimarios del causante o donante y que convivieran con él en el momento de su fallecimiento. Dice el artículo 822: *“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.- Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransferible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”*. Este derecho de habitación que tendrá el discapacitado hasta el final de sus días es intransmisible. Del mismo modo, se establece un “legado legal” de derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde conviviera con el causante al fallecer éste, en el caso de que no hubiera establecido nada al respecto, dado que entiende el legislador que el discapacitado está necesitado de protección y que, por las causas que fueran, si el causante así no lo dispuso, debe el legislador velar por sus intereses, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces vivía a menos que el testador hubiere dispuesto otra cosa o lo hubiere excluido. Esto no impide que si otros descendientes del causante, discapacitados o no, residían bajo ese mismo techo, o también el cónyuge viudo, puedan continuar allí viviendo, ya sea con un derecho de propiedad, aunque gravado con el derecho de habitación, ya sea con un derecho de nuda propiedad los hijos y el cónyuge usufructo, aunque con esa carga del derecho de habitación (DONADO VARA⁹).

4º El artículo 831 CC, y el estudio completo de las cuestiones que suscita es el objeto de este trabajo por lo que no tiene sentido recordarlo aquí. La cuestión que nos ocupa es

encima de los derechos de cualquier otro legitimario, sin limitarse a los descendientes. No es precisa la incapacidad judicial.

⁹DONADO VARA, A. “Apuntes sobre la protección sobre los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español” Comunicación presentada al Precongreso: Rumbo al Congreso Mundial en Lima-Perú Área Temática: Niños con discapacidad. Publicación en internet de la página del Departamento de Derecho Civil de la UNED. Precongreso, 2012. (pag 3).

si el delegado del 831 CC puede en ejercicio de sus facultades, gravar con el fideicomiso del artículo 808 CC, la legítima de sus hijos o descendientes capaces a favor de los incapacitados o adjudicar el derecho de habitación mencionado en el artículo 822 CC a favor del incapacitado. También la de si puede establecer sustituciones fideicomisarias a favor de hijos o descendientes comunes, como una forma indirecta de mejora.

5°.- Para no traer a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes discapacitados, se ha añadido un segundo apartado al artículo 1.041 CC¹⁰ que queda redactado así: *“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”*.

3.- EN ESPECIAL, LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: EL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL: SU REDACCIÓN ORIGINARIA Y LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY 41/2003

Antes de la reforma de 2003, los hijos y descendientes tenían derecho al tercio de legítima estricta de sus progenitores, como mínimo, siempre que no resultaran desheredados ni indignos de suceder, mientras que el tercio de mejora –entre hijos y descendientes- y el tercio de libre disposición, podían ser distribuidos discrecionalmente por el causante para beneficiar a quien estimare oportuno entre aquellos. Por lo cual, si el causante quería beneficiar a un descendiente que también fuera legitimario, podría otorgarle el tercio de mejora y el de libre disposición en exclusiva. Pero sin embargo, el tercio de legítima estricta, debería repartirlo por igual entre los demás descendientes legitimarios, si existieran y pudieran suceder, no podría entregársela íntegramente a un legitimario existiendo otros, ni tampoco podría gravar la legítima de los otros en su beneficio, en virtud del principio de intangibilidad de la legítima, de carácter riguroso e inamovible.

Así pues, el artículo 782 CC había mantenido su redacción originaria hasta la introducción del concepto de discapacidad en el CC en virtud de la Ley 41/2003. Conforme lo dicho, se establecía una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de

¹⁰Artículo 1.041 apartado segundo: “No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre. Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

mejora que se hacía en beneficio de los descendientes del sustituyente -ya se tratase de descendientes suyos y de su descendiente instituido fiduciario, o de descendientes primeros o posteriores del causante que no fuesen descendientes del fiduciario- constituyendo así una excepción más al principio general de la intangibilidad de la legítima¹¹ (los otros fueron el pago de la legítima en metálico del 840 CC y la facultad de adjudicación de la explotación mercantil o industrial de carácter familiar conforme el artículo 1056.2 CC).

La primera parte del artículo 813 CC prohibía cualquier sustitución que gravase la legítima. Como señalaba ALBALADEJO¹², comentando este artículo en su anterior redacción, sería posible una sustitución en favor de otro legitimario sobre la mejora dejada a un legitimario, así como una sustitución en favor de un descendiente no legitimario, por existir descendiente intermedio, sobre la mejora dejada a un descendiente legitimario; y a nuestro juicio, absolutamente de acuerdo con este autor, ya que se trataba de una forma de mejorar indirectamente. Del mismo modo, cabía una sustitución en favor de algún descendiente legitimario o incluso que no lo fuese, en la mejora dejada a un descendiente no legitimario, al poder mejorarse los nietos o descendientes ulteriores, viviendo sus progenitores o descendientes intermedios entre el testador y el mejorado. Con la nueva redacción del 782 CC, ya no hay duda de esta posibilidad.

¹¹DÍAZ ALABART, S. "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad". Sostiene esta autora que "aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto". Además en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», RDP mayo-junio 2004, pp. 259-270, especialmente pp. 267-268; de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831 CC, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad - de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

¹²ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirigidos), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, Vol. 2º, Madrid, 1984, págs. 299 y 300.

Además, hasta la reforma introducida por esta Ley 41/2003, se impedía gravar la legítima corta, como disponía el artículo 813 CC al señalar: “Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella [la legítima]... sustitución de ninguna especie...”, prohibiéndose en principio, tanto la sustitución con deber de conservar como el fideicomiso de residuo. Como hemos expuesto, con este principio general, permitía el Código, si el causante tenía legitimarios que fueran hijos o descendientes, que sobre el tercio de mejora pudiera el hijo ser fiduciario, y el descendiente, fideicomisario en ese tercio, mediante una sustitución fideicomisaria que estableciera el causante, fideicomitente¹³. No se mencionaban ni tenían en cuenta los incapacitados, por lo que la forma de protegerlos era la combinación del testador con todas las posibilidades que le ofrecía la Ley con los tercios de libre disposición y de mejora.

Pero esta situación fue modificada después de la entrada en vigor de esta Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, el 20 de noviembre de 2003, con la citada modificación del artículo 782 CC, del tercer párrafo del 808 y del artículo 813 CC apartado segundo. De este modo, se permite expresamente en su artículo 10 apartado segundo, modificador del artículo 782 CC, que el causante pueda establecer una sustitución fideicomisaria que grave la legítima estricta, en favor de “un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, según establece el artículo 808 CC; si la sustitución recayere sobre el tercio de mejora, podrá hacerse en beneficio de los descendientes sin consideración de la incapacidad, pero solo a favor de aquellos. En la sustitución fideicomisaria que estableciera el progenitor o ascendiente causante, los hijos o descendientes judicialmente incapacitados serían los fiduciarios, mientras que los coherederos forzosos, serían los fideicomisarios. Este artículo 782 CC concuerda con las modificaciones producidas en sede de legítimas, concretamente, el artículo 808 CC apartado tercero, que recoge la posibilidad de esta sustitución fideicomisaria si hay un incapacitado judicial, y el 813 CC apartado segundo, que recoge esta excepción que grava la legítima además de la del usufructo del viudo.

Por lo tanto, la situación creada por esta Ley para beneficiar a las personas con discapacidad así como a los incapacitados judicialmente, tiene también su repercusión en la legítima estricta, el tercio que no se podía gravar anteriormente, pero ahora si en este caso, siempre que se haga en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado (no

¹³ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “*Comentario del Código Civil*”, tomo 4, SIERRA GIL DE LA CUESTA (coordinador), Barcelona, 2000, pág. 598.

un discapacitado como el amparado por la Ley ni a una mera incapacidad de obrar o actuar). Debe ser un incapacitado por declaración judicial expresa¹⁴.

La sustitución que realice el ascendiente será voluntaria, en todo caso, así como expresa, de modo que, si éste tuviera varios incapacitados judicialmente, no estaría obligado legalmente a favorecer a todos, aunque probablemente sí lo estaría moralmente¹⁵, por tratarse de sus descendientes, si bien esto no significa que todos estén igualmente necesitados. Unos pueden tener mejor situación económica que otros, e incluso socialmente estar más amparados, bien sea por hijos o cónyuge que se ocupe de ellos. Realmente, las circunstancias éticas y morales son particulares de cada testador, si bien afectan indudablemente.

En conclusión, la legítima estricta se verá alterada si se constituye el fideicomiso a favor de hijos o descendientes incapacitados, pudiendo llegar a heredar éstos toda la legítima de sus ascendientes, poseyéndola como herederos fiduciarios durante su vida¹⁶. Además, se amplía la libertad del testador en detrimento de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, al reconocerle una facultad de la que carecía anteriormente, que es la posible sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en beneficio del legitimario incapacitado judicialmente. Con esto, se asegura que los descendientes incapacitados judicialmente disfruten íntegramente de la legítima de sus ascendientes,

¹⁴MORETÓN SANZ, M.F. “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, *RCDI*, 687, 2005, 61 a 115.

¹⁵DONADO VARA, A. “Apuntes sobre la protección sobre los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español” Comunicación presentada al Precongreso: Rumbo al Congreso Mundial en Lima-Perú Área Temática: Niños con discapacidad. Publicación en internet de la página del Departamento de Derecho Civil de la UNED. 2012. (pag. 7).

¹⁶DÍAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación...” (Op. Cit. pags 20 y 21). También en RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado) 2005 (nº 279) (pag 977 y s.s.). CARRASCO PERERA, A. F., a juicio de este autor, esta norma, así como la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que modifica el artículo 1.056. 2 del Código Civil, “aciertan el designio, aunque puedan existir errores en los detalles”, dado que la legítima de los dos tercios tenía sentido y explicación anteriormente, cuando la gente vivía menos tiempo, pero ahora que las expectativas de vida son altas, no tiene tanta razón de ser (*vid.* “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 2003, pág. 11). Sin embargo, para GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. tanto esta medida como la nueva causa de indignidad sucesoria, se tratarían de medidas más discutibles por su radicalidad que otras más loables que contiene la Ley como la regulación exhaustiva del contrato de alimentos, el legado legal de habitación sobre la vivienda familiar, el carácter no colacionable de los gastos realizados por los padres, así como la posible designación para futuro de un tutor (*vid.* “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *RCDI*, año LXXXI, enero-febrero 2005, núm. 687, pág. 13). Para PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. con esta Ley “más que gravar la legítima estricta del resto de legitimarios no incapacitados, se les está privando de aquélla, si bien temporalmente” (“Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 21, 1ª quincena, diciembre 2004).

aplazándose para los demás legitimarios su adquisición. Por medio de esta sustitución fideicomisaria se producen dos llamamientos: en primer lugar, sucede el fiduciario, esto es el legitimario incapacitado, y sucesivamente, después del fallecimiento del fiduciario, o en el término que hubiese señalado el testador, sucederán los fideicomisarios, los legitimarios no incapacitados o coherederos forzosos. Por lo cual, la sustitución fideicomisaria que grave el tercio de legítima estricta únicamente podrá hacerse afectando a legitimarios, concretamente, hijos o descendientes del causante; las personas con derecho a ese tercio de legítima, aunque no incapacitados, si se estableciera la sustitución, sólo disfrutarían de los bienes *a posteriori*.

4.-SUJETOS QUE PUEDEN TENER LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIOS: LOS BENEFICIARIOS INCAPACITADOS

Son los hijos o descendientes legitimarios incapacitados. Lo expone DIAZ ALABART¹⁷ de una forma clara: el gravamen autorizado por el artículo 808.3 CC es la constitución de un fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta, en el que el fiduciario será el incapacitado (hijo o descendiente del fideicomitente), y los fideicomisarios sus hermanos o tíos, según los casos.

Por lo tanto, con esta autora¹⁸, consideramos que se trata de un fideicomiso excepcional tanto por la cuota de bienes sobre los que recae: el tercio de legítima estricta, una porción de bienes que, como regla, quedan fuera de la autonomía de la voluntad del testador, como por qué fiduciario y fideicomisario han de ser hijos o descendientes del causante. Además, el fiduciario ha de haber sido incapacitado judicialmente, como hemos dicho.

¹⁷DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas...” (Op. Cit. pag. 25). Lo resume claramente esta autora: “Una de las características de la Ley 41/2003 es que emplea distintos conceptos para designar los sujetos que protege, en algunos de sus preceptos se refiere a los discapacitados, definiendo la categoría en base a los porcentajes de discapacidad de su art. 2..... Este concepto de carácter administrativo en ningún momento se pone en relación con los conceptos tradicionales del Derecho civil de personas capaces de gobernarse por sí mismas, o incapaces de hacerlo por enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas permanentes (art. 200 CC). En cambio en otros preceptos exige la condición de incapacitado judicialmente. Esa falta de claridad hace razonable preguntarse si la condición de incapacitado judicialmente elimina la necesidad de tener además el certificado que acredita el porcentaje de discapacidad exigido legalmente. Es decir, si el fiduciario ha de ser un discapacitado incapacitado judicialmente, o si basta con el requisito de la incapacitación. La Exposición de Motivos de la Ley refiriéndose al establecimiento de la sustitución fideicomisaria dice que *se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el art. 2,2 de la ley*. Así pues puede afirmarse que no existe doble requisito bastando con la condición de incapacitado judicialmente”.

¹⁸DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la intangibilidad...” (Op. Cit. en nota anterior, página 21).

El fideicomiso así constituido está sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario. No es una condición puesta por el testador, sino que viene implícita en la propia figura, es decir una «*condictio iuris*»¹⁹.

La LPPD tiene como sujeto al «discapacitado», cuyo concepto se ofrece en el art. 2.2 de la Ley: los afectados por una minusvalía psíquica o física de al menos un 33% o un 65% respectivamente²⁰. Pero el artículo 808.3 CC tiene un ámbito de aplicación bastante más concreto y restringido; los hijos o descendientes del testador que hayan sido “incapacitados judicialmente”. No puede ser cualquier discapacitado, sino aquel que hubiese sido incapacitado judicialmente. A juicio de DIAZ ALABART²¹ si en el momento de testar ha comenzado el procedimiento de incapacitación sería posible establecer ese fideicomiso sometido a la condición de que realmente el fiduciario resultara finalmente incapacitado, lo que como hemos visto, es muy lógico y razonable.

Para el caso de que la facultad fuese utilizada por el delegado del 831 CC, a esta condición de derecho de ser incapacitado judicialmente, se añade la de que sean hijos o descendientes comunes, únicos que pueden ser mejorados aún indirectamente. Ciertamente parece injusto que un hijo no común que haya sido incapacitado, no pueda ser beneficiado por el fideicomiso cuando la facultad la ejerciese el delegado de 831 CC, pero lo exacto es que el causante podría haberlo ordenado en su testamento y no lo hizo. Al delegado del 831 CC solo le corresponde mejorar y distribuir entre sus hijos y descendientes comunes.

5.-CUESTIONES QUE LA DOCTRINA Y LA PRACTICA APRECIAN CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 782 CC.

5.1.-En relación con el beneficiario incapacitado:

5.1.1 En cuanto a la situación de incapacitación, ésta deberá perdurar hasta la apertura de la sucesión del causante fideicomitente, porque si la incapacitación concluyera o se recuperase la capacidad antes de la apertura de la sucesión, no habría lugar a la

¹⁹DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente.... (Op. Cit. en nota anterior, página 167).

²⁰Como reza el mismo artículo, el “Grado de minusvalía”, se acreditará mediante certificado expedido conforme lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

²¹DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente” (artículo 808 reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”Revista de Derecho Privado. Mayo-Junio 2004, página 263 en las llamadas a pie de página)

sustitución fideicomisaria que gravase este tercio y se tendría por no puesta, adquiriendo los legitimarios (lógicamente incluido el propio descendiente legitimario que recuperó la capacidad) su derecho sobre esta cuota, por ser condición *sine qua non* la incapacidad judicial, y que ésta perdure. Por el mismo motivo, si el incapacitado premuriera al causante, el resto de descendientes se verían beneficiados de la legítima que ya no estaría gravada, lo que es una aplicación del principio que orienta que la sustitución fideicomisaria supone la vulgar tácita. Será cuando fallezca el fiduciario o cuando acabe la incapacidad, si tuviera lugar, que los bienes fideicomitidos serán adquiridos por los fideicomisarios sobrevivientes, o por los herederos de los que hubieran sobrevivido al causante pero premuerto al fiduciario, según dispone el artículo 784 CC.

5.1.2 En el caso de que concurrieran varios descendientes incapacitados²², la primera cuestión que se plantea es si el testador está obligado a beneficiar a todos o no. La segunda cuestión es si se puede establecer otra sustitución que grave la legítima de un incapacitado aunque se hiciera en beneficio de otro en la misma circunstancia. La respuesta, creemos debe ser afirmativa en el primer caso, pero sin embargo, el testador sólo podrá establecer sustituciones en que los fideicomisarios sean legitimarios no incapacitados. Del mismo modo, si los fideicomisarios fueran varios, todos ellos sucederán al testador; sin embargo, si premurieran o si fueran indignos, les representaran sus descendientes, al ser legitimarios por derecho de representación; mientras que si alguno renunciare, serán sus coherederos los que sucederán en estos bienes por derecho propio, y no por derecho de representación. (No puede representarse a una persona viva fuera de los casos de desheredación o incapacidad) y el artículo 784 CC ya establece que el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque muera antes que el fiduciario y además que el derecho de aquel pasará a sus herederos.

En consecuencia, con DIAZ ALABART²³, si un mismo testador tuviera más de un hijo o descendiente incapacitado podría tanto nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente como cofiduciarios, como sucesivamente, uno para que lo sea después del otro, y solamente cuando acabe el tiempo correspondiente al segundo, pa-

²²DONADO VARA, A. “Apuntes sobre la protección sobre los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español...” (Op. Cit. página 8).

²³DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria sobre...” (Op. Cit. en nota anterior, página 263).

sarán los bienes al fideicomisario. Esto ocurre respecto de los hijos o descendientes en cuanto a su legítima estricta, por lo que los hijos verán como de hecho se les reduce su legítima, pero si eso es posible en beneficio de un hermano (o medio hermano con tal de que la sucesión sea la del progenitor común), no habría inconveniente para que pudiera hacerse en beneficio del cónyuge o de un ascendiente. Esto último, a mi juicio, es más difícil de aceptar, por cuanto la norma es excepcional y por lo tanto debe interpretarse de forma restrictiva. Lo cierto es que el legislador no lo ha dispuesto así y por lo tanto con el texto vigente no es aceptable.

5.2. En relación con los bienes. El legitimario incapacitado que sea beneficiario por la sustitución tendrá dos masas de bienes, la suya propia, sobre la que no recae el gravamen, así como los bienes que integran su legítima, que serán heredados por sus herederos; y los bienes fideicomitidos, que en su fallecimiento o si se acabara su incapacitación irán a sus coherederos, de acuerdo con la línea sucesoria.

5.2.1 INVENTARIO. Es por esto que se hace imprescindible formar inventario y dar garantía de los bienes fideicomitidos a cargo del fiduciario. No podía ser de otra forma, ya que en diversos preceptos de la Ley²⁴, para situaciones semejantes de administración, así se establece.

Tras haberse constituido el fideicomiso, al abrirse la sucesión del fideicomitente, en el patrimonio del incapacitado (ya se trate de un patrimonio ordinario o el protegido de la LPPD) ingresan unos bienes en concepto de herencia o legado, bienes que el incapacitado habrá de conservar para, a su muerte, transmitirlos al fideicomisario.

Precisamente por el deber de conservación que pesa sobre el fiduciario en cualquier fideicomiso, aunque no haya una norma específica en el CC que lo imponga, es evidente que éste —o sus tutores o administradores— estarán obligados a inventariar los bienes

²⁴En materia de usufructo, el artículo 491 CC obliga al usufructuario a hacer inventario y prestar garantía, por lo que será aplicable por identidad de razón al fiduciario. En la reserva viudal. El artículo 977 CC lo exige de parecida forma. También las legislaciones forales que se ocupan de las sustituciones fideicomisarias: en el Fuero Nuevo, la Ley 231, relativa a «Garantías de los fideicomisarios» así lo señala: «salvo que el disponente hubiera dispuesto lo contrario, los fideicomisarios podrán exigir del fiduciario en cualquier momento, la formalización de inventario de los bienes adquiridos y la garantía de su restitución». Por su parte, el Código Civil Catalán, en el Libro relativo a las sucesiones, en los artículos 426.20 y 426.21 recoge las obligaciones de “Toma de inventario” y “Prestación de garantía”. De ellos resulta la obligación del fiduciario de hacer inventario y, salvo otra disposición del fideicomitente, la facultad del fideicomisario de exigir al fiduciario que preste caución suficiente. De forma parecida la Compilación Balear en su artículo 30, dispone que, el fiduciario estará obligado, a formar inventario y a garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos. Excepcionalmente se considerarán relevados de esas obligaciones, tanto los fiduciarios que hayan sido dispensados por el testador, como los hijos y descendientes del fideicomisario que resulten recíprocamente sustituidos entre sí.

fideicomitidos. Obviamente cuando, como aquí ocurre, el fideicomisario, además es legitimario del causante-fideicomitente es impensable que no se pueda exigir el inventario. Así pues el tutor o curador del incapacitado habrá de llevar a cabo ese inventario con intervención del fideicomisario.

5.2.2 GARANTIAS²⁵. En cuanto a la necesidad de que el fiduciario preste caución o garantía, la cuestión no es pacífica. Lo recoge el Código de sucesiones de Cataluña (artículo 426.20: “Toma de inventario.- El fiduciario debe tomar inventario de los bienes de la herencia o legado fideicomisos, a cargo de la misma herencia o del mismo legado. El inventario debe cerrarse en el plazo de 6 meses a contar desde que el fiduciario conoce o pueda razonablemente conocer que le ha sido deferido el fideicomiso). Por ejemplo, en el Fuero Nuevo de Navarra²⁶ existirá esa obligación salvo que el fideicomitente hubiera dispuesto otra cosa. Dilucidar si es preciso prestar garantía en el supuesto del artículo 808.3 CC no es sencillo. Por una parte, la pertenencia de los bienes objeto del fideicomiso a la cuota de legítima corta implicaría la necesidad de constituir la fianza, pues sería la única forma de que el legitimario fideicomisario tuviera la garantía de recibir en su día la cuota que le corresponde legalmente. Aunque la fianza tiene un obstáculo económico insalvable, que es el de la imposibilidad práctica de obtener fondos para afianzar al incapacitado, cuando se supone que se le favorece para paliar su necesidad. Por otra parte, la intención del legislador al permitir constituir este fideicomiso para favorecer especialmente al descendiente incapacitado, parece que no se compagina bien con la constitución de garantía. Si entre los bienes fideicomitidos existen inmuebles o derechos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad el fideicomisario podrá solicitar que en la inscripción de la herencia o legado se haga constar la cláusula de sustitución conforme el artículo 82 del Reglamento Hipotecario (sería una inscripción separada y especial).

5.3. Respecto de la indeterminación de la situación de incapacidad.

5.3.1 Por una parte, sería posible que los demás descendientes se empobrecieran²⁷ con el tiempo, o que también fueran declarados incapacitados, en estos casos, su situación

²⁵PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E. *Institucions del Dret civil de Catalunya*, y, III, 1998, (pags. 294 y 295).

²⁶MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E. “*Comentarios al Fuero Nuevo*, (dirigidos por Rubio Torrano), 2002, (pags. 674-677), y ARREGUI GIL, J. *Comentarios al Cc y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XXXVII, vol. 1^o, 1998, págs. 1092-1103.

²⁷DONADO VARA, A. “Apuntes sobre la protección sobre los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español” (Op. Cit. página 8).

sería menos ventajosa que la de sus hermanos incapacitados en vida del testador. Para asegurar su sustento, cabe, mientras viviesen, establecer una sustitución fideicomisaria que gravase el tercio de legítima estricta, haciéndose extensivo al tercio de mejora (que puede gravarse en beneficio de los legitimarios o sus descendientes, como señala el artículo 824 CC) y al de libre disposición (que siempre ha admitido la imposición de gravámenes). En este sentido, al tratarse de una mera posibilidad, podría haberse previsto que el tercio de libre disposición siempre se dejara para el incapacitado, así como la obligatoriedad de establecer un fideicomiso a la totalidad de la herencia. O también otra solución podría haber sido un mecanismo parecido al del usufructo vidual, de este modo los hijos y descendientes del testador no incapacitados, esto es plenamente capaces, tendrían la nuda propiedad de lo que debieran adquirir por legítima, debiendo soportar un usufructo que beneficiaría a su hermano incapacitado judicialmente, pudiendo establecerse voluntariamente por el testador según dispone el artículo 787 CC, que le permitiría disponer de la propiedad de sus bienes por un lado, y del usufructo de los mismos por otro²⁸, en beneficio de personas diferentes, consolidándose en plena propiedad su derecho, al fallecer el incapacitado.

5.3.2 Se pregunta DIAZ ALABART²⁹ qué sucedería con el fideicomiso si el fiduciario incapacitado recuperara la capacidad. Entiende esta autora que como el fideicomiso del art. 808 CC sobre el tercio de legítima estricta se puede establecer solo para hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y dado que el fideicomiso en general puede ser tanto a término como condicional, habría que entender -aunque no se diga en el artículo 808 CC-, que si el incapacitado recuperara su capacidad, automáticamente el fideicomiso pasaría a los legitimarios-fideicomisarios³⁰. Así pues, la incapacitación del fiduciario sería una «condictio iuris» resolutoria, implícita en la

²⁸PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. “Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 21, 1ª quincena, diciembre 2004. A juicio de esta autora, lo que en realidad se estaría aplazando sería el tiempo de disfrute de las legítimas, que durante la vida del fiduciario incapacitado priva absolutamente de su contenido.

²⁹DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria...” (Op. Cit. en nota anterior, página 267).

³⁰ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “El gravamen de la legítima en el Código Civil.. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad” *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2005, pag. 134, nota 36, pone de relieve que no todos los posibles legitimarios interesados en el cese de la incapacitación se encuentran legitimados para instar el procedimiento de reintegración de la capacidad, conforme a los arts. 761,1 y 757,1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), pero aparte de que el propio incapacitado normalmente tendrá un interés en recuperar su capacidad de un grado superior al de conservar el fideicomiso, nada impide a los colegitimarios interesados poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, para que sea éste, si así lo considera, quien haga la petición para iniciar el proceso de reintegración de la capacidad.

institución. De forma que si se perdiera acabaría inmediatamente no ya el derecho del fiduciario, sino el propio fideicomiso. Hay que tener en cuenta que el fin de la norma (norma excepcional), no es otro que proteger a los legitimarios descendientes incapacitados, y una vez que cesa la incapacitación, la norma ya no cumple su fin. Ciertamente, más seguro sería establecer la condición de que si deja de estar incapacitado se extingue el fideicomiso, pero no me parece muy convincente negar esa interpretación sólo porque el artículo no lo contemple literalmente así. Es más, si se mantuviese vivo el fideicomiso cuando el fiduciario ya es plenamente capaz, se produciría un perjuicio grave a los coherederos fiduciarios, y tampoco él podrá disponer de la porción de legítima estricta que le correspondería.

Pero ocurre que la norma no expresa este carácter condicional. Por eso, la solución práctica es establecer una sustitución fideicomisaria sometida a esa condición sobre la totalidad de los bienes de la herencia. De esta forma, el fideicomiso podría recaer sobre el tercio de legítima estricta más el de mejora y parte libre, de forma que correspondiese por igual a todos los hijos del testador, el fideicomiso deberá ir por partes iguales a todos los coherederos, con lo que recibirá también su parte en plena propiedad el hijo incapaz que recuperó la capacidad³¹. En contra DIAZ ALABART³², para quien, lo que se grava es el tercio de legítima estricta. Si el incapaz no era hijo del testador sino descendiente, al desaparecer el fideicomiso vuelve la legítima estricta a su plena naturaleza, porque los que la reciben no es tanto por ser fideicomisarios sino legitimarios gravados con el fideicomiso, así que si vive el progenitor –hijo del

³¹RUIZ-RICO MORON, J. “*La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con Discapacidad*”, Actualidad Civil, 2004, t. 1, pag. 364, estima que en los arts. 782, 808 y 813,2 CC (LEG: 1889, 27) no se dice que la sustitución grave al legitimario fiduciario incapacitado, y puesto que la finalidad de la reforma es precisamente favorecer a ese legitimado incapacitado, «llevan a entender que los bienes objeto de sustitución fideicomisaria no han de ser todos los que integren el tercio de legítima», con lo que, en opinión de esta autora la legítima estricta del fiduciario no resulta gravada y la recibe en plena propiedad. Discrepo de esta opinión puesto que entiendo que del texto de los artículos mencionados lo que sigue con toda claridad es que lo que se grava es el tercio de legítima estricta, y como no se añade nada más, hay que entender que se refiere a todo el tercio de legítima estricta. Además como ha puesto de relieve con acierto ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. ob. cit., pgs. 134 y 135: es posible que el legislador haya optado por permitir que el incapacitado reciba una mayor cantidad de bienes, a cambio de soportar sobre ellos un gravamen.

³²DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad...” (Op. Cit. pag. 22). Esta autora, discrepa de esta opinión puesto que entiende que del texto de los artículos mencionados lo que sigue con toda claridad es que lo que se grava es el tercio de legítima estricta, y como no se añade nada más, hay que entender que se refiere a todo el tercio de legítima estricta. También cita la opinión, que comparte, (“como ha puesto de relieve con acierto”) de ESPEJO LERDO DE TEJADA, (ob. cit., pgs. 134 y 135).

causante- del descendiente, será éste y no aquél quien haga suya la cuota de legítima estricta que le corresponda. A menos naturalmente que hubiese premuerto al causante, fuese indigno o desheredado.

En definitiva, con un fideicomiso constituido sometido a esa condición, si esa se cumple, el fiduciario recuperará la capacidad, y desaparece el fideicomiso, o aun mejor, no se crea. Si una vez creado deja de cumplirse, tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Por tanto, al desaparecer el fideicomiso, los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de legítima estricta de la herencia del testador.

6.- CONTENIDO DEL FIDEICOMISO.

Como la norma nada dice del tipo de fideicomiso ha de ser el constituido, en principio será el fideicomiso normal: aquel en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar³³. Pero también podría ser un fideicomiso en el que el fideicomitente hubiera establecido el derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica. (DIAZ ALABART³⁴). O también establecer la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta. No es partidaria de esto DIAZ ALABART³⁵, que aunque entiende factible y admite la licitud del fideicomiso de residuo³⁶, considera excesivo establecer un fideicomiso de este tipo³⁷ en el que no esté esa obligación de conservar.

³³DIAZ ALABART, S. "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente" (artículo 808 reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). "Revista de Derecho Privado. DIJUSA. Mayo-Junio 2004, página 262). Lo recoge también en su obra "El discapacitado y la intangibilidad de..." (Op. Cit. en nota anterior, página 35)

³⁴DIAZ ALABART, S. "El discapacitado..." (en nota anterior, páginas 22 y 23).

³⁵DIAZ ALABART, S. "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación..." (Op. Cit. pag. 23).

³⁶DIAZ ALABART, S. "El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites" 1981, pags. 25-36 y Comentario al art. 781 CC, en "*Comentarios al CC y Compilaciones forales*", dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, C. x, vol. 2, pags, 206-208, Madrid 1984.

³⁷DIAZ ALABART, S. "El discapacitado...". (Op. Cit. en nota anterior, pag. 23) Dice esta autora <<Precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitados es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el art. 808,3 CC. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta, en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitados. Por ello el admitir que el fideicomiso del art. 808,3 CC pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras ésta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria es decir un fideicomiso ordinario>>.

De admitirlo, el fiduciario podría disponer de los bienes fideicomitidos dentro de la disponibilidad que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario, que puede ser muy variada: tanto para su consumo como también enajenarlos, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, con o sin necesidad de justificarlo. También se le puede permitir que los enajene incluso a título gratuito o que disponga de ellos «*mortis causa*»³⁸. En conclusión creemos, con DIAZ ALABART³⁹, que no debería permitirse el fideicomiso de residuo en este caso que nos ocupa, porque resultaría excesivo, y habida cuenta del carácter excepcional de la norma, debe interpretarse de manera restrictiva. Otros⁴⁰, entienden también que la postura es la de no aceptar en este caso del ejercicio de la fiducia del 831 CC, ni que la concesión del fideicomiso lo sea de residuo, puesto que se trata de una situación excepcional y se privaría de la legítima, pero no por la excepcionalidad del artículo 831 del CC sino sencillamente por la situación de posible fraude a los derechos legitimarios de los interesados, por lo que no admitiéndola en situaciones normales, menos aún lo sería en el caso de constitución del fideicomiso por el delegado del 831 CC. Veremos esto más adelante.

7.-ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL FIDEICOMISO.

Las facultades del fiduciario en cuanto al disfrute, administración y gestión de los bienes fideicomitidos serán por este orden:

- 1.- La que resulten del contenido que el testador haya establecido en el título constitutivo del fideicomiso, esto es que resulten del testamento.
- 2.- A falta de estas, se observarán las reglas siguientes: a) El fiduciario, mientras el fideicomiso está en su poder, es dueño de los bienes y derechos que lo componen, los posee y adquiere sus rendimientos, sin que en le pueda perturbar e intervenir el fideicomisario. b).- Dentro de estas facultades de administración y gestión, están las de realizar contratos sobre los bienes sujetos al gravamen fideicomisario, pero se extinguirán cuando el fiduciario pierda su condición de heredero. A estos efectos sería

³⁸DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. en nota anterior, página 23). Esta autora, reitera de nuevo su opinión respecto de que los enajene inter vivos o mortis causa. (pag. 23).

³⁹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (en nota anterior, pag 23).

⁴⁰Recoge DIAZ ALABART en la obra citada anteriormente (“El fideicomiso...”) entre las opiniones contrarias a la constitución de un fideicomiso de residuo, la de ESPEJO LERDO DE TEJADA, en obra citada en nota anterior (“El gravamen de la legítima...pág 133): “Negando absolutamente la posibilidad de que en este caso se constituya un fideicomiso de residuo, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ob. Cit”. (pag. 23 en nota 27).

como un usufructuario. Al tener el gravamen acceso al registro de la propiedad, la publicidad registral salvaguarda el interés de los terceros que contraten con el fiduciario. c) También en su condición de administrador está facultado para cobrar los créditos del fideicomiso, así como pagar sus deudas⁴¹. d) En cuanto a las transformaciones o modificaciones que se hagan en esos bienes, y que excedan de lo que puede considerarse como gestión y conservación, el fiduciario precisará del consentimiento del fideicomisario para llevarlos a cabo.

No obstante se pueden producir algunas complicaciones prácticas a la hora de administrar el patrimonio del fiduciario incapacitado.

Expone DIAZ ALABART⁴² que podría darse la siguiente situación: que exista un patrimonio personal del incapacitado que administra básicamente su tutor, progenitores, o el propio incapacitado con el concurso de su curador (dependiendo de lo que se haya dispuesto en cada caso en la sentencia de incapacitación). Simultáneamente puede haber un patrimonio protegido, que el incapacitado no puede administrar (si está incapacitado obviamente carecerá de la capacidad de obrar suficiente para ello), y que podría hacerlo por él alguien, tanto su guardador como un administrador nombrado al efecto. Coincidimos con esta autora, ya que la confluencia de administraciones no puede más que perjudicar la gestión conjunta del patrimonio del incapacitado. En consecuencia, el fideicomiso podrá ser administrado por uno u otro pero lo cierto es que el administrador que sea no puede disponer de esos bienes en puro provecho del fiduciario representado ni con autorización judicial (salvo que se tratara de un fideicomiso de residuo) como en cambio sí ocurre respecto a los bienes del patrimonio personal o del protegido de ese mismo incapacitado. Si a esto añadimos que exista un patrimonio administrado por el fiduciario del 831 CC, por ejemplo, pendiente de la posible constitución de un fideicomiso a favor de un incapacitado, tenemos un tercer patrimonio en situación jurídica de pendencia.

El resultado de la situación de ser titular de varios grupos de bienes con diferente naturaleza, serían diferentes inventarios parciales distintos, dos posibles administradores, uno de cada patrimonio. Así como distintas facultades de esos mismos administradores en relación con los bienes incluidos en cada uno de esos

⁴¹ZAFORTEZA DE CORRAL, L. “El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca” 1992, (pág. 137).

⁴²DIAZ ALABART, S. “El discapacitado....” (Op. Cit. en nota anterior, página 30).

bloques, y distintos tipos de rendición de cuentas.

En definitiva, los efectos de estas administraciones son los normales de las sustituciones fideicomisarias. En vida del fiduciario, éste tendrá el derecho de uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, debiendo conservarlos y entregarlos a los fideicomisarios al terminar el fideicomiso, por su fallecimiento, por llegar –en su caso– el término marcado o por recuperar adquirir la capacidad el incapacitado (deduciendo únicamente los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador dispusiera otra cosa, según señala el artículo 783.2 CC) pero no podrá enajenar su posición, aunque tenga autorización judicial, al tener un carácter excepcional este fideicomiso. No obstante, el testador podría autorizarle para que dispusiere de estos bienes lo que se saldría del ámbito del fideicomiso ordinario. Creemos que no parece posible. No podemos olvidar que en tal caso se estará privando del tercio de legítima estricta a los demás legitimarios, total o parcialmente, lo que es un ataque frontal a la intangibilidad de aquella, ya que no se está solamente atrasando el momento en que lo puedan recibir. No hay ningún precepto que diga que el tercio de legítima estricta desaparece en ese caso. Así pues, admitir un fideicomiso con facultad de disponer, es tanto como hacer desaparecer el tercio de legítima estricta. En consecuencia, el fiduciario, es un titular limitado en el tiempo, esto es, mientras le corresponda la herencia, porque sería posible que el fideicomiso se tuviera por no puesto, si recuperara la capacidad o si premuriera. El fideicomisario, por su parte, deberá obtener la entrega de los bienes al concluir el fideicomiso, y dado que tiene un derecho a los bienes, podrá disponer de su derecho. Este adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, pasando su derecho a sus herederos, como dispone el artículo 784 CC. En este caso esto es así sin duda por tratarse de un fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta, pero si se tratase de un fideicomiso normal, el fideicomitente podría establecer que si el fideicomisario fallece antes que el fiduciario, el fideicomiso se purifique y quede definitivamente en manos del fiduciario, ya no como tal, sino como heredero definitivo.

Por último, si premuriera el fiduciario al testador, en este supuesto de sustitución fideicomisaria excepcional, ésta dejaría de tener sentido, yendo los bienes fideicomitidos a los demás coherederos no incapacitados del fiduciario incapacitado, o a sus descendientes, si se diera el derecho de representación, mientras que los demás bienes del incapacitado seguirán su rumbo sucesorio que corresponda, intestado, si no

hay testamento, testado, si lo hubiera. En definitiva, se produce el mismo efecto que con la sustitución vulgar que se entiende tácita.

8.-ENAJENACIÓN O ACTOS ASIMILABLES SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

La existencia del deber de conservar tiene como contrapartida la no disponibilidad del fiduciario de estos bienes, aunque finalice en el momento en el que deje de ser fiduciario. Así pues, puede transmitir lo que tiene, un dominio temporal sometido a un término incierto, esto es, una situación jurídica de pendencia.

Aun sin poder enajenar definitivamente los bienes fideicomitidos, dentro de las amplias facultades de gestión y administración que corresponden al fiduciario es posible que haya bienes que se enajenen correctamente pues lo obtenido por ellos servirá para cubrir las obligaciones y cargas de la herencia fideicomisaria⁴³. Si no es éste el caso, el nuevo bien que ocupe el lugar del que pertenecía al fideicomiso también estará sometido al mismo a través del principio de la subrogación real. En definitiva, es lo que sería una administración extraordinaria.

Si entre los bienes fideicomitidos existen inmuebles o derechos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad el fideicomisario podrá solicitar que en la inscripción de la herencia o legado se haga constar la cláusula de sustitución conforme el artículo 82 RH, como hemos sostenido anteriormente. Al ser heredero no goza de la anotación contemplada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

9.-FINALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO: LA ENTREGA. DEDUCCIONES POSIBLES SOBRE LA HERENCIA QUE SE HABRÁ DE ENTREGAR AL FIDEICOMISARIO

Recoge su régimen legal el artículo 783.2 CC: los bienes recibidos por el fiduciario habrán de ser entregadas en su día al fideicomisario, “*sin otras deducciones que las que le correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras...*,” agregando «in fine»: “*salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*”. Lo que según la opinión común de la doctrina deja abierta la puerta al establecimiento de un fideicomiso de

⁴³ALBALADEJO GARCÍA, M. “Comentarios al CC y Compilaciones Forales”, t. X, 1984, págs. 273 y ss.

residuo, o, simplemente, a que el testador permita al fiduciario detraer para sí una parte de la herencia recibida (la cuarta trebeliánica, siguiendo a DIAZ ALABART⁴⁴). Si bien, como hemos sostenido anteriormente, creemos que es excesivo y privador en algunos casos de los derechos de los legitimarios⁴⁵. En el supuesto ordinario solo se trataría de retrasar la entrega de la legítima estricta hasta el momento del fallecimiento del incapacitado, pues aunque sea mas tarde o incluso aunque la reciban los herederos del fideicomisario porque este ya había fallecido, siempre se habrá pagado la legítima. Pero si el fideicomiso es de residuo, puede verse privado totalmente de esa legítima, y no parece que esa pueda ser la idea del legislador.

La deducción por gastos legítimos que menciona el artículo 783 CC, no se corresponde con los ordinarios de mantenimiento, conservación y obtención de frutos, pues esos son a cargo del fiduciario, que tiene el uso y disfrute de los bienes. Solo se refiere a los pagos o reparaciones extraordinarias a que hayan dado lugar los bienes fideicomitidos, así como los pagos que correspondiendo al fideicomisario hubiera realizado el fiduciario de sus bienes propios.

A juicio de DIAZ ALABART⁴⁶, cuando se habla de deducciones por créditos, se refiere a los que el fiduciario tuviera a su favor contra el fideicomitente, y que si no se le pagaran mientras tiene la condición de heredero habrán de pagarse cuando deje de tenerla. Asimismo el fiduciario tiene derecho a las mejoras que haya realizado.

Con respecto a todos estos abonos que corresponden al fiduciario hay que señalar que él o sus herederos tienen derecho de retención mientras no se le hagan efectivos como cualquier poseedor de buena fe.

10.-RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO POR LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO. LA RENDICIÓN DE CUENTAS

⁴⁴DÍAZ ALABART, S. “El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites”, 1981, págs. 25-36, y también «Comentario al art. 781 Cc», en *Comentarios al Cc y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. X, vol. 2, Madrid, 1984.(pag 206, 206 y 208). Recoge también esta postura en su obra “La sustitución fideicomisaria...” (Op. Cit. en nota anterior, pag.265)

⁴⁵DÍAZ ALABART, S. “El discapacitado...” y “La sustitución fideicomisaria...” (Ops cites.). En ambas obras, hemos analizado la postura de esta autora, que considera excesiva la concesión de ese fideicomiso por decisión del delegado del 831 CC, aunque lleguemos a la conclusión de que puede hacerlo, opinión que compartimos totalmente.

⁴⁶DÍAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente...” (Op. Cit. página 265). También se recoge en su obra “El discapacitado...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 29)

El fideicomisario tiene derecho a exigir al fiduciario responsabilidad, lo mismo por el deterioro o pérdida culpable de los bienes del fideicomiso, que por haber administrado mal. La diligencia exigible al fiduciario es la del art. 1104 CC; la de un buen padre de familia⁴⁷.

Igualmente, deberá rendir cuentas de su actuación, puesto que aunque en el Código Civil no haya ninguna norma específica al respecto y además no administre en puridad bienes ajenos, sino propios siquiera temporalmente, lo cierto es que al no ser propietario definitivo y tener sus facultades de actuación limitadas, la rendición de cuentas es precisa (DIAZ ALABART⁴⁸). Así pues, es como si se tratase de un usufructuario.

11.- EFECTOS

11.1 EFECTOS EN EL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN.

Por lo que respecta al tercio de libre disposición, en principio nada ha de verse afectado por la constitución del fideicomiso, ya que el testador fideicomitente podrá disponer con entera libertad de este tercio. DIAZ ALABART⁴⁹ lo basa en dos razones: a) Para limitar la libertad de testar debería existir un precepto expreso que lo exija, y no lo hay. b) El interés de protección patrimonial del discapacitado no impide que haya otros intereses dignos de protección y además, la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo es exigua en comparación con otras porciones legitimarias y no ha de reducirse más aún.

No obstante, en un principio, esta aseveración no fue pacífica, porque con DIAZ ALABART⁵⁰ nos preguntamos si la creación del fideicomiso no afectaría al tercio de libre disposición. Y más aun, en caso afirmativo, nos cuestionamos si podrá el

⁴⁷DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria...” (en nota anterior, pag. 266).

⁴⁸DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 266).

⁴⁹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (en nota anterior, pag.32). Dice esta autora que las razones son: “La primera es que en un sistema como el del Código en el que tan limitada está la libertad de testar para eliminarla totalmente aunque sea en un supuesto especial tiene que haber un precepto del que siga con toda claridad que es así, lo que no es el caso. La segunda es que, aunque partamos de la protección del incapacitado eso no debe llevarnos a olvidar de otros intereses también necesitados de protección. La legítima del cónyuge viudo que concurre con descendientes en el CC es muy escasa, por eso es habitual que cuando testan los cónyuges se dejen el uno al otro ese tercio de libre disposición, conformando una especie de «complemento de la legítima» que marca la ley. Lo cual es una razón más para no ligarla al destino del fideicomiso, impidiendo que si el testador lo desea pueda dejarlo a su cónyuge”.

⁵⁰DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 30).

delegado del 831 CC utilizarlo para mejorar a los hijos o descendientes comunes. Veamos en primer lugar que ocurre en situaciones normales de disposición por el causante, para después analizar si el delegado tiene la misma posibilidad de hacerlo.

Como hemos dicho, en principio, con el uso de la facultad de establecer una sustitución fideicomisaria en los términos del 808 CC, parece pensable que previamente el testador había agotado los otros dos tercios en favor de este incapacitado. Por lo tanto, con este fideicomiso se produce una restricción y limitación de los derechos de los otros legitimarios porque evidentemente no se podría utilizar si no se han agotado previamente los otros dos tercios. Si no admitimos esto, se plantea la duda de si el uso del derecho a este fideicomiso, afectará a la libertad de disposición del testador con respecto al resto de su herencia, porque evidentemente nada quedaría en otro caso para estos legitimarios capaces. A la pregunta de si es posible una disposición de este tipo de fideicomiso sobre el tercio libre, se contesta esta autora⁵¹ que sí lo es, porque parece que la idea del legislador era que el testador pudiese dejar al incapacitado prácticamente todos sus bienes, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios. En definitiva, la finalidad de la norma no es limitar el fideicomiso del incapacitado a la porción de legítima, sino por el contrario ampliar la extensión de ese fideicomiso más allá de los otros dos tercios, esto es “además de”. Y por lo tanto, aceptaremos que puede emplear las facultades concedidas, junto con la posibilidad de disponer de los otros dos tercios de sus bienes como desee (obviamente el de mejora entre los sujetos mejorables y el de libre disposición), y podrá privar prácticamente a los legitimarios de su derecho a la legítima estricta con la justificación de constituir el fideicomiso a favor del discapacitado. Textualmente, la norma no impide esa posibilidad pero realmente su finalidad es la protección del incapacitado y no la ampliación general de testar del fideicomitente. Es evidente, que nos encontramos, a pesar de que no se han modificado los restantes artículos referentes a la intangibilidad

⁵¹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” La pregunta que se hace es: ¿sería posible que el testador que gravó el tercio de legítima estricta con un fideicomiso a favor de su hijo o descendiente discapacitado, puede disponer «ad libitum» del tercio libre, y con la mejora pueda beneficiar a algún hijo o descendiente no incapacitado? Se contesta esta autora que a tenor de la ley nada se lo impide. Sin embargo, hay que reconocer que resulta un tanto extraño que, sin haber cambiado el régimen general de las legítimas de los descendientes, el testador pueda gravar la legítima estricta de sus hijos, incluso, en algún caso, desheredarles prácticamente sin razón legal para hacerlo, siempre para mejorar la situación del discapacitado incapacitado, mientras que su capacidad para disponer de los otros dos tercios de su herencia no se ven afectados, sin que aquí parezca importar el interés del discapacitado incapaz. (Op. Cit. en pags. 30 y 31).

de la legítima, con una auténtica privación de la misma, lo que supone la excepción más importante a ese principio, confirmando la teoría que sostuvimos (capítulo VI) sobre la “tangibilidad” de esa legítima.

Visto esto, nos queda analizar si tiene esta facultad en parecidos términos el delegado del 831 CC. En principio, al gozar de las mismas facultades del testador, debiera poder hacerlo, pero me parece excesivo. Si bien como justificaremos más adelante, en aras del espíritu de la Ley 41/2003, creadora de esta forma de fideicomiso y de la fiducia del 831 CC, esto es, la defensa y protección patrimonial de los incapacitados, parece que deberíamos aceptar que esta posibilidad se encontrase entre sus facultades. Esto no obstante, este fiduciario tiene unos límites claros que no puede sobrepasar en atención a lo excepcional de su facultad: respeto de las legítimas y disposiciones del causante, por lo que estarán marcadas sus fronteras de actuación, a diferencia de si el fideicomiso lo ordena el testador. En definitiva, las restricciones que el causante no tiene en el 808 CC, las debe respetar el delegado porque se las impone el 831 CC, y su posibilidad de ordenar el fideicomiso está limitada, como veremos más adelante.

11.2 EFECTOS RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS.

Hemos contemplado como el fiduciario incapacitado, por tanto, es un titular limitado en el tiempo, esto es, mientras le corresponda la herencia, porque sería posible que el fideicomiso se tuviera por no puesto, si recuperara la capacidad o si premuriera. El fideicomisario, por su parte, podrá exigir la entrega de los bienes al concluir el fideicomiso, y dado que tiene de inicio un derecho a los bienes, podrá disponer de su derecho.

Este adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, pasando su derecho a sus herederos, como dispone el artículo 784 CC. Así pues, este es su principal efecto⁵². Y por lo tanto, a juicio de LASARTE⁵³ podría disponer de su derecho.

Pero además, como hemos analizado, si el fiduciario premuriera al testador, en este

⁵²RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. “La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2ª quincena de febrero de 2004.

⁵³LASARTE ÁLVAREZ, C. “Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de sucesiones, Madrid, 2003, 3ª ed., págs. 137 y ss. Para este autor, el *ius delationis* del fideicomisario es transmisible *mortis causa* así como *inter vivos*, dado que la sucesión se abrió al fallecer el testador, y no se podría ver afectada la enajenación del derecho del fideicomisario por la nulidad de los contratos relativos a la herencia futura, dispuesta en el artículo 1.271 del Código Civil. Por este motivo, la herencia fideicomitida no es futura, por haberse abierto desde que falleció el fideicomitente (pág. 147)

supuesto de sustitución fideicomisaria excepcional, ésta dejaría de tener sentido, yendo los bienes fideicomitidos a los demás coherederos no incapacitados del fiduciario incapacitado, o a sus descendientes, si se diera el derecho de representación, mientras que los demás bienes del incapacitado seguirán el destino sucesorio que corresponda, intestado si no hay testamento, testado si lo hubiera.

La premoriencia del legitimario gravado, al fiduciario incapaz. Las personas incapacitadas pertenecerán normalmente a la generación de los hijos del testador, o incluso a una posterior (si se trata no de hijos sino de descendientes incapacitados). Por eso ocurre frecuentemente que los demás legitimarios pueden haber fallecido antes de que se abra la sucesión del fiduciario, con lo que, si bien sus herederos serán llamados como tales de verdad, no es que hayan visto gravada su legítima, sino que se habrán visto privados de ella.

Dice DIAZ ALABART⁵⁴, que desde luego, la medida no se justifica con la mejoría de las relaciones familiares entre el incapacitado y sus coherederos, ya que se ven perjudicados en sus derechos; ni económicamente por cuanto no supone un aumento importante de lo que le podría dejar al incapacitado su causante.

12.-POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN POR EL DELEGADO DEL 831 CC, DEL FIDEICOMISO DEL 808.3, ENTRE LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE MEJORAR A LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES.

Entre los preceptos que se reforman en la LPPD, como sabemos, se encuentra el artículo 831 CC, norma que se ocupa de la posibilidad de que el testador faculte a su cónyuge supérstite para que pueda mejorar a los hijos o descendientes comunes. Los cambios efectuados en el artículo 831 CC fueron enormes. Sin embargo, la modificación del artículo 808.3 CC, siquiera sea indirectamente, afectó al art. 831 CC

⁵⁴DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria...” (Op. Cit. en nota anterior, página 269 y 270). Sostiene esta autora que en cuanto a las ventajas que se derivan de la constitución de tal fideicomiso, no será desde luego el fortalecimiento de las relaciones familiares entre el incapacitado y sus coherederos, que fácilmente entenderán que se han visto despojados de lo que les pertenecía por su causa, lo que podría ir en detrimento de las acciones personales y afectivas que le fueran a dedicar en un futuro. Económicamente tampoco parece que se justifique la medida, pues no es tanto lo que se le aporta (observemos que lo normal será que no exista posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos). Bastaría con poder dejarle en plena propiedad el tercio de libre disposición, y, caso de concurrir con el cónyuge del testador, la nuda propiedad del tercio de mejora, más la parte que le correspondiera en la legítima estricta por su carácter de legitimario.

en un punto muy concreto: ampliando las facultades de actuación del supérstite, por lo que se hace preciso analizar si entre esas facultades está la de conceder las sustituciones fideicomisarias o los fideicomisos vistos a favor del hijo o descendiente incapacitado.

Esta posibilidad excepcional concedida por el art. 831 CC de delegar todas estas facultades facilita y habilita para resolver muchos problemas tanto respecto de discapacitados como incapacitados judiciales. Así pues, para el caso de que alguno de los hijos o descendientes sea discapacitado, la finalidad más habitual será el poder favorecerlos, lo que ya apuntó la doctrina⁵⁵ en su día, para que no estén en inferioridad de condiciones que los demás para corregir las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos.

Los límites a dicha actuación estaban muy claros en el antiguo art. 831 CC, pues no se podía perjudicar la legítima estricta ni las mejoras y demás disposiciones hechas por el causante, porque estaba fuera del poder de disposición del propio testador al regularse su intangibilidad por normas imperativas (artículos 806 y 808 CC) y, por tanto, también el cónyuge superviviente estaba sometido a esas limitaciones en su ejercicio de esa facultad de delegado de 831 CC.

En el actual art. 831 CC ya no hay la misma certeza. Desde luego se sigue diciendo, como hemos visto, (art. 831.3 CC) que el cónyuge supérstite deberá respetar la legítima estricta de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos. Además, esa actuación debe circunscribirse exclusivamente a los hijos y descendientes comunes. Sin embargo, las modificaciones de los arts. 782 y 808 CC permitiendo al testador establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de sus hijos o descendientes incapacitados, cambia algo las cosas. Si el testador puede constituir ese fideicomiso, ¿por qué no va a poderlo hacer también el cónyuge superviviente?⁵⁶ Como quiera, que no está prohibido por la

⁵⁵LEÑA FERNÁNDEZ, R. “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, 1997, (Op. Cit.) manifiesta su opinión de la utilidad indiscutible del art. 831 CC cuando entre los hijos o descendientes hay una persona con discapacidad. Igualmente GARRIDO DE PALMA, V.M., “Los nuevos artículos 831 y 1056,2 del Código Civil. Algunas aplicaciones”, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo, t. 1, 2004, pg: 2025 pone de relieve cómo la situación de una familia con discapaces es una de las que hacen necesaria la viabilidad de esa delegación de facultades al cónyuge viudo.

⁵⁶DÍAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria...”. (Op. Cit. en nota anterior, página 269). Dice esta autora que “No se lo prohíbe ninguna norma, ya que cuando en el art. 831.3 se dice que hay que respetar la legítima estricta, a lo que se refiere es a respetar las actuales normas imperativas y éstas permiten la creación del fideicomiso. Además aunque recaiga sobre la legítima estricta el fideicomiso del art. 808.3 CC funciona como una «mejora», un plus, a favor del hijo o descendiente incapacitado”.

norma, parece que debiéramos aceptar la posibilidad, si bien nos encontramos con que la delegación del 831 CC es tan excepcional que no debiera admitir interpretación extensiva, por lo que tenemos a la vista un conflicto de intereses.

Por lo tanto, hay que considerar dos cuestiones, la primera de ellas, es si puede el fiduciario-delegado de la facultad concedida por el artículo 831 CC, gravar con sustitución fideicomisaria a uno de los herederos a favor de otros, sean o no incapacitados, o incluso entre y a favor de los hijos o descendientes comunes capaces como forma de mejora indirecta. La segunda cuestión es, si puede en su caso gravar la legítima estricta en favor de un hijo o descendiente común incapacitado, esto es, un fideicomiso en los términos del artículo 808 CC.

Respecto de la primera cuestión, esto es sobre la posibilidad de hacer sustituciones fideicomisarias por parte del delegado de la facultad de mejorar, en principio, la institución de una sustitución fideicomisaria o en su caso la del fideicomiso, requiere de los mismos parámetros y elementos que una institución de heredero o el nombramiento de un legatario. Por lo tanto, si hemos sostenido que una de las facultades prohibidas al fiduciario del 831 CC es el nombramiento de herederos o de legatarios, que es exclusiva del causante, en consecuencia debemos considerar que excede de las funciones y posibilidades del delegado. Otro obstáculo para admitirlo⁵⁷ es que en el nuevo art. 831.3 se mantiene literalmente que el *«cónyuge al ejercitar las facultades encomendadas deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes...»*, aunque esto significa en términos generales, respetar todo lo que el Código dispone sobre legítimas, por lo tanto admitiendo la creación del fideicomiso por el delegado, este debería cumplir las limitaciones generales. A esta posición coadyuva el hecho de que la reforma del CC de 2003 pretendía favorecer al discapacitado y la posibilidad del fideicomiso le favorece. Ciertamente también es posible defender que el art 831 CC también se retocó en 2003 y que si hubiera querido

⁵⁷ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección. Patrimonial de. las Personas con Discapacidad", Revista jurídica del Notariado, enero-marzo 2005, pg. 127. Está en contra de la aplicación del 831 CC en este caso. Opina este autor que tanto la necesidad de interpretación estricta del fideicomiso, como la debida protección de los legitimarios, excluyen que se pueda considerar permitido que el cónyuge viudo, en aplicación del art. 831 CC, constituya la sustitución fideicomisaria en cuestión, añadiendo que «debe ser el causante el que lo haga, sin que en esta disposición le pueda sustituir nadie». En la misma página en la nota 25 añade: «2. Nos parece que el respeto, por parte del cónyuge viudo, de la legítima estricta es incompatible con el establecimiento de un gravamen que el testador no quiso imponer».

que el delegado pudiera constituir el fideicomiso lo hubiera dicho así, por lo tanto que el delegado tiene en este punto un campo de acción menor que el testador. Ahora bien, pensando que la referencia a la legítima estricta, lo es a la actual regulación de dicha legítima, se podría contraargumentar que de haber querido prohibir al delegado la constitución del fideicomiso también podría haberlo hecho el legislador y no lo hizo porque nada dice en el texto del 831 CC.

Creemos que es más aconsejable la primera opción por el beneficio al incapacitado, porque además, la letra no contradice frontalmente esta interpretación. En otro orden de cosas, en un artículo tan largo y detallado como el 831 CC bien cabía la prohibición, y en esta materia sostenemos que si algo no está prohibido, es que está permitido. Por otra parte, sostenemos que ante el encorsetamiento de las legítimas, es preferible sostener la libertad de testar, especialmente cuando se trata de proteger a hijos menores o incapacitados. En los supuestos ordinarios, el tercio de legítima estricta sigue siendo intocable⁵⁸, pero si hay un legitimario descendiente incapacitado judicialmente, el instituir una sustitución fideicomisaria sobre ese tercio a su favor no supone atentar a la intangibilidad de la legítima, puesto que los arts. 782 y 808, como veremos en la segunda cuestión, han cambiado radicalmente ese punto.

No obstante, fundamentados en el espíritu de protección de los incapacitados⁵⁹ que la Ley 41/2003 sostiene, aceptaremos que existen excepciones a la imposibilidad de hacer estas sustituciones por similitud con la institución de herencia o legado.

Así pues, pensamos que solo en el caso de estar expresamente autorizado el delegado por su comitente, podrá designar estas sustituciones con dos importantes límites: el respeto absoluto de las legítimas y que solo lo sea entre hijos y descendientes comunes.

Respecto a la segunda cuestión, esto es, la posibilidad de establecer por el delegado,

⁵⁸DIAZ ALABART, S. "El discapacitado...". (Op. Cit. en nota anterior, pag. 35).

⁵⁹En la Exposición de Motivos de la Ley, recoge el espíritu de la modificación y se dice: *Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y las necesidades de la persona con discapacidad. Además estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.*

el fideicomiso al cual se refiere los artículos 808 y 782 CC, la pregunta es si la facultad de instituir sustituciones fideicomisarias o de constituir el fideicomiso a que se refieren estos artículos, corresponden al delegado del 831 CC por su simple designación o se precisa de una autorización especial para ello.

Como hemos analizado anteriormente, directamente relacionadas con la posición de los hijos y descendientes, sean comunes o no, están las reformas introducidas por la propia Ley 41/2003, de 1 de noviembre, en los artículos 808 y 782 CC, que permite al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Previamente, para gravar la legítima se requiere que el hijo o descendiente haya sido declarado incapaz por sentencia judicial firme, sin que baste que tenga cualquier tipo de minusvalía. Tal posibilidad se concede al testador, pero vamos a analizar que pueda extenderse al cónyuge facultado por éste para distribuir la herencia. Además, también hay que cuestionarse si el cónyuge fiduciario podrá gravar con este fideicomiso a favor del descendiente incapaz, la legítima estricta de los hijos no comunes, si existieran. Porque la combinación de la posibilidad concedida por los 808 y 782 del CC con la fiducia del 831 CC, por sentido común, lo es en función de que el incapacitado judicialmente sea hermano de los gravados con la sustitución fideicomisaria, si bien el texto del Código no distingue entre comunes y no comunes. Es hermano de ambos, pero en lógica, el fiduciario, que no es progenitor de ese incapaz, no ha de mostrar interés por garantizar su protección, por lo que se hace difícil esperar que grave la legítima de los hijos comunes a favor de un hijo solo del testador. Creemos por esto, que el fiduciario no puede hacerlo porque no puede gravar la legítima estricta de los hijos no comunes. Sin embargo, el mismo causante si puede hacerlo (el progenitor delegante) porque independientemente de que para las relaciones entre ellos (por ejemplo, de alimentos o sucesorias) sea distinto ser hermano de doble vínculo o de vínculo sencillo, aquí no hay distinción posible pues ambos heredan al padre por ser sus hijos todos en la misma medida. El que sean de doble vínculo o vínculo sencillo nada cambia en esto, porque no es una obligación de ayuda entre hermanos sino de distribución del patrimonio del progenitor común. En definitiva, lo que puede hacer el testador en este caso, no parece que tenga interés en hacerlo el fiduciario.

La doctrina se ha manifestado diversamente, así, GARCIA RUBIO⁶⁰ comparte el criterio de que el respeto a las legítimas de los descendientes no permite al testador delegar la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados prevista, también tras su introducción por la Ley 41/2003, en el último párrafo del artículo 808 CC, criterio que abona el carácter excepcional de este último precepto, su consideración de facultad personalísima y, en definitiva, el propio respeto a la legítima impuesto en el artículo 831 CC. Son, sin embargo, varios los autores que mantienen la opinión contraria. Así, a favor de la posibilidad de constituir el fideicomiso sobre la legítima estricta se manifiesta DIAZ ALABART⁶¹ para quien si el testador no lo ha excluido expresa o tácitamente, el cónyuge viudo podrá establecer dicha sustitución fideicomisaria, al entender que si el testador delega las facultades del artículo 831 CC, le está permitiendo al delegante hacer todo lo que el mismo podría haber hecho. En ese sentido opinan GARRIDO DE PALMA, ALBALADEJO, PEREÑA VICENTE,⁶² para quienes el autorizado puede hacer todo lo que podía hacer el causante, salvo que este se imponga ciertas limitaciones; también lo estima así LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁶³, aunque esta autora matiza que para gravar la legítima de los hijos

⁶⁰GARCÍA RUBIO, M. P. “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (pag. 58 a 110, en especial la 104).

⁶¹DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre». (Op cit. pags. 267-268); de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831 CC, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad - de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente. (pag. 30, 31 y 32 y s.s.).

⁶²GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código civil, *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, pp. 364-392, especialmente. pp. 373 y 392. ALBALADEJO GARCÍA, M. “La Mejora”. Madrid 2003.pag. PEREÑA VICENTE, M., “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *La Ley*, 2004, D-41, págs. 1828-1835, en especial pág. 1832 y siguientes.

⁶³LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, fascículo de Julio-Septiembre de 2005. Ministerio de Justicia. (pag 1131).

comunes, solo lo será a favor del hermano judicialmente incapacitado, que también deberá ser común. En contra ESPEJO LERDO DE TEJADA⁶⁴. Nosotros estimamos (RUEDA ESTEBAN⁶⁵) que podrá hacerlo si el delegado hubiera sido expresamente autorizado por el testador, no sólo a mejorar, sino también para imponer la sustitución fideicomisaria.

No obstante, CAMARA LAPUENTE⁶⁶ admite que así sea en el caso de que el delegado quiera gravar con sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente común incapacitado, la legítima estricta de los demás descendientes comunes. A juicio de este autor, se puede utilizar por el fiduciario esa facultad, en atención a la teleología de protección de los discapacitados, que se deduce de los reformados 808, 813 y 782, del CC, pero sobre todo del espíritu de la Ley 41/2003 (moderación del respeto a las legítimas con un gravamen de sustitución fideicomisaria, para el caso de protección de un incapaz); además teniendo en cuenta que el fiduciario recibe todas las facultades que el testador tenía, parece comprensible que pueda usar de esa misma facultad de gravar la legítima de los hijos comunes para protección de otro de ellos incapacitado judicialmente. Pero esta facultad no es total ya que solo se podrá gravar por esa vía la legítima de los hijos comunes y a favor de su hermano judicialmente incapacitado también común, de forma que ese gravamen no pueda afectar a la legítima de los hijos o descendientes no comunes. Coincido con esta interpretación de la posibilidad, ya que la redacción reformada de los artículos 808, 813 y 781, del CC, en relación con las facultades del 831 CC, son de un carácter excepcional. En otro orden, los argumentos en contra de admitir tal facultad en el fiduciario, son que el gravamen de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, en este caso, es una facultad que en virtud de la literalidad del 831.3 CC (<< *deberá respetar la legítima*

⁶⁴ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley...” (Op. Cit. pag. 127 y 128). En contra. Opina este autor que tanto la necesidad de interpretación estricta del fideicomiso, como la debida protección de los legitimarios, excluyen que se pueda considerar permitido que el cónyuge viudo, en aplicación del art. 831 CC, constituya la sustitución fideicomisaria en cuestión, añadiendo que debe ser el causante el que lo haga, sin que en esta disposición le pueda sustituir nadie. En la misma página en la nota 25 añade que le parece que el respeto, por parte del cónyuge viudo, de la legítima estricta es incompatible con el establecimiento de un gravamen que el testador no quiso imponer. Así pues está en contra.

⁶⁵RUEDA ESTEBAN, L. “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado) 2005 (nº 279). En el apartado 4.2 sobre la cuestión de la cuantía de la legítima. (pag 977 y 978). También en la obra “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (pag. 202).

⁶⁶CAMARA LAPUENTE, S. “Código Civil Comentado”. Volumen 2. Comentario del artículo 831. CIVITAS. 1ª Edición – Septiembre 2011. (Pág.936 y 937).

>>) permite defender la interpretación estricta de no conceder esa facultad al fiduciario. Así por ejemplo, SEDA HERMOSIN⁶⁷, que niega la facultad del fiduciario para ordenar sustituciones fideicomisarias en nombre del testador. Porque a su juicio, quien no resultó llamado por el testador, no puede ser llamado por vía de fiducia sucesoria, pues va contra las disposiciones del propio testador. Cabe, por excepción, no obstante, que el testador hubiese previsto expresamente esta posibilidad, en cuyo caso se encontraría autorizado. A juicio de este autor, lo único que no se puede gravar o afectar –cuando lo hace el delegado– es la legítima estricta de los hijos no comunes. En consecuencia, en contra de algunas de las opiniones expuestas, al ser todos legitimarios y herederos forzosos, se entienden llamados por la Ley, y si la sustitución fideicomisaria no atenta contra las reglas de la legítima y lo es a favor de alguna de las personas que pueden ser mejoradas, se debe sostener, en otro caso, deberá estar autorizado por el testador.

En parecido sentido SIERRA PEREZ⁶⁸, para quien la delegación concede únicamente facultades para mejorar y la mejora no afecta a la legítima estricta. No obstante, en contra está la posibilidad del artículo 808 CC, que es una mejora para el incapacitado. Lo que sucede es que todas las mejoras suponen pérdida de ventajas para los no mejorados. Es verdad que afecta a legítima estricta, pero es que la ley ha roto con la intangibilidad cuantitativa de las legítimas y con la prohibición de gravarlas en este caso excepcional, en el que el interés del incapacitado (medido por el testador o a través de su fiduciario) puede pasar por encima del de sus hermanos a recibir en su momento la legítima estricta. Además, en la ley 41/ 2003 se establece un posible gravamen para la legítima en el artículo 808 CC y paralelamente el artículo 813 CC, recoge éste como excepción de la intangibilidad de la legítima. Puesto que también el artículo 831 CC ha sido modificado por esta ley, y en su redacción se han pretendido plasmar muchas de las convicciones que la doctrina admitía en su aplicación, si se quería aceptar que la delegación suponía un gravamen para la legítima estricta hubiera sido lógico que, paralelamente, el artículo 813 CC la hubiera recogido también junto

⁶⁷SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES. (Pág. 274).

⁶⁸SIERRA PÉREZ, I. “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre (RCL 2003, 2695)”. Revista de Derecho patrimonial. ARANZADI-THOMSON-2007 (Pág. 89 a 121, en especial 111 y 112).

con la del artículo 808 CC. En definitiva, la actuación del delegado en relación con las legítimas de los hijos comunes está limitada básicamente por las reglas generales de las legítimas y esos límites se han modificado. El delegado que puede hacer todo lo que no contraría el régimen de las legítimas, ahora tiene un campo más amplio porque se ha instaurado una excepción a la protección de la legítima estricta. No siendo así, se debe concluir en que esta excepción no existe, que la legítima no queda gravada por la institución fiduciaria y que por tanto la legítima estricta no puede retenerse hasta que se lleve a cabo la distribución de las mejoras. Otra cosa es que esta excepción no sea en muchos casos algo más grave en cuanto a su efecto sobre las legítimas, de lo que pueda parecer. Lo más importante es que fiduciario y fideicomisario siendo hermanos fácilmente pertenecerán a una misma generación, lo que puede ocasionar que realmente quienes sean los fideicomisarios sean los herederos de los hermanos que se verán privados realmente de su legítima. Pero esta es otra cuestión.

En definitiva, el artículo 831 CC limita la concesión de la facultad a las mejoras, adjudicaciones y atribuciones a favor de los hijos comunes. Por lo tanto, si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de sus hijos o de todos a favor del incapaz, el cónyuge viudo facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano judicialmente incapacitado, que también deberá ser común. La doctrina que va más allá⁶⁹ dice que se puede constituir incluso no un fideicomiso ordinario sino uno de residuo.

Esto no impide que el causante, que haya constituido en su testamento un fideicomiso a favor de un hijo o descendiente, sea o no común, gravando la legítima estricta de todos sus descendientes, sean o no comunes, o de alguno de ellos, sea o no común, faculte a su cónyuge para que adjudique al fideicomisario los bienes que estime conveniente. Estas adjudicaciones, para cubrir la cuota del fiduciario incapaz, puesto que suponen una colisión de intereses, deberán contar con la aprobación del defensor judicial, si el cónyuge viudo estuviera interesado en la herencia (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA⁷⁰), lo que es normal por otra parte. La práctica notarial hace que para el ejercicio de los derechos y deberes que derivan del fideicomiso, probablemente el cónyuge viudo representará al incapaz, porque en un orden normal

⁶⁹PEREÑA VICENTE, M., “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *La Ley*, 2004, D-41, págs. 1828-1835, en especial pág. 1832 y siguientes.

⁷⁰LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. (Op. Cit. pag 1131).

de previsiones, lo técnicamente más apropiado, es que haya sido nombrado tutor (art. 234.1 CC) o en el caso que proceda, la patria potestad prorrogada o rehabilitada (arts. 201 y 171 CC).

DIAZ ALABART⁷¹ entiende que le corresponde salvo que el testador lo haya prohibido expresamente, con lo que se adscribe a la tendencia más omnicomprendiva de facultades por parte del delegado fiduciario. Pero se pregunta esta autora que ocurre en el caso de que existiera un hijo o descendiente incapacitado, si estaría entre las facultades del delegado la de gravar el tercio de legítima estricta con el fideicomiso que se menciona en art. 808 CC, a lo que responde afirmativamente siempre que el testador, como hemos sostenido, no lo haya excluido expresa o tácitamente, pudiendo también establecer en ese caso todo tipo de sustituciones fideicomisarias. En sentido contrario ROCA GUILLAMON⁷². Nosotros creemos que esto se permite al fiduciario del artículo 831 CC porque ambos preceptos (808 y 831 CC) responden al espíritu de la Ley 41/2003, que se fundamenta en el principio de protección y defensa de los incapacitados, y por lo tanto debemos considerarlos, a este efecto, en conjunto. Si bien, con el matiz de que no basta que no lo haya excluido expresa o tácitamente, sino que es preciso que se lo permita hacer.

Creo no obstante, que aun cuando mi deseo es que fuera así, el carácter excepcional del precepto restringe las facultades en los términos claros del texto del 831 CC: partir, mejorar, atribuir, adjudicar, pero no más. Solo la voluntad del causante, que fue expresada de forma terminante, facultaría al delegado para el ejercicio de tales funciones, no bastando con que no se le prohíba. Esto creemos que es así por las siguientes razones: el legislador no lo incluyó entre las facultades mencionadas en el texto reformado en 2003 (si bien es cierto que probablemente no se pudo prever que el alcance de la figura del 831 CC combinado con el fideicomiso del 808 CC podría llegar tan lejos); conceder la facultad de instituir sustituciones fideicomisarias o incluso vulgares, sin una indicación expresa al respecto, sería tanto como conceder al delegado la facultad de instituir herederos o legatarios –que hemos descartado como facultad del 831 CC- porque aproximaría esta facultad a la prohibida (en Derecho

⁷¹DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. nota anterior, pag 35).

⁷²ROCA GUILLAMON, J. “*Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil)*”, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo, 2004, pag. 4279 y ss., este autor, estudia el nuevo texto del art. 831 CC, pero no cree la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda constituir la sustitución fideicomisaria.

común) herencia de confianza. Además, si el testador quiso hacer esos fideicomisos, lo pudo disponer en su testamento.

La concesión de autorización por el testador indica que ya había designado herederos o legatarios entre los que el delegado había sido facultado para instituir sustituciones fideicomisarias, lo que supone una excepcional forma de mejorar. En el caso, de no haber hecho mención específica, se entenderá que la institución de estos fideicomisos lo será entre los hijos y descendientes comunes, al igual que si puede delegar todas las que le correspondan legalmente, también podrá limitar las que desee delegar, excluyendo otras expresa o tácitamente. DIAZ ALABART ⁷³va mas allá y a su juicio, si el testador no lo ha excluido expresa o tácitamente, el cónyuge viudo podrá establecer dicha sustitución fideicomisaria. Esto es así porque lo realiza en ejercicio de sus facultades como tal delegado que escogerá –mejorará y distribuirá- determinando las participaciones siempre con respeto de las legítimas. Siguiendo a esta autora⁷⁴, concluimos en que si el testador delega en su cónyuge las facultades del artículo 831 CC, con ello le permite hacer todo lo que el mismo podría haber hecho conforme a las normas, pero que prefirió dejar a su decisión. Dentro de las facultades que tiene un testador está el que si tiene un hijo o descendiente incapacitado, puede gravar con una sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta para favorecerle. Razona esta autora que en el artículo 808 CC no se hace ninguna mención a que se trate de una facultad que solamente pueda ejercitarse por el testador. En consecuencia, si no la excluye se entiende incluida entre sus facultades.

No obstante, en apoyo de nuestra postura –de que no cabe si no lo ha autorizado expresamente el testador-, se puede argumentar que dado que los descendientes legitimarios pueden perfectamente reclamar el pago de su legítima estricta al cónyuge delegado del 831 CC, parece indudable que una vez pagadas las legítimas, ya no le será posible pedir que se las devuelvan para constituir el fideicomiso. Ello quiere decir, como poco, que o lo hace antes de pagar las legítimas o ya no puede hacerlo después, y como mucho, que eso indica –mejor que la literalidad del 808 y del 831 CC- que por la naturaleza de la legítima estricta, el crear ese fideicomiso, difícilmente va a poder quedar en manos del delegado.

⁷³DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. en nota anterior, pag. 35).

⁷⁴DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (en nota anterior, pag. 35). Doce esta autora: “Por tanto si la tiene el testador, y no la excluye, ¿por qué no va a estar incluida en el art. 831 CC?”

En resumen, para aceptar la institución de cualquier sustitución fideicomisaria ha de estar reflejado de forma expresa que ésa fue la voluntad del testador (ex 783.1 CC) el autorizarlo. Además, en el caso de utilización de esta facultad por el fiduciario, tendrá que dejar claro que quiere establecer dicha sustitución, que con esa sustitución fideicomisaria no se perjudica el interés de los demás legitimarios y que se hace dentro de los límites del artículo 831 CC. La excepción es la constitución del fideicomiso de los artículos 808 y 782, para los que cabe gravar la legítima estricta en los términos de los citados artículos. Por último, hemos sostenido que los gravámenes que se pueden imponer a la legítima han de interpretarse restrictivamente. Matiza DIAZ ALABART⁷⁵ que con esa interpretación no se amplía el gravamen en absoluto, porque es exactamente el mismo que se permite imponer al testador.

Como consecuencia de todo esto, la doctrina más autorizada⁷⁶ valora la reforma del año 2003 aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil para permitir una mayor libertad de disposición del causante, para lo que debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto. Además, la figura del fideicomiso no es la más adecuada técnicamente cuando fiduciario y fideicomisario pertenecen a la misma generación, pues ello conlleva que en muchos casos la muerte del fideicomisario se producirá antes que la del fiduciario, con lo que quienes recibirán verdaderamente los bienes fideicomitidos serán los herederos del fideicomisario, lo que es un real perjuicio de su legítima. Además, las ventajas que la creación del gravamen suponen para el incapacitado, no tienen una gran importancia económica, y en todo caso desde luego no son proporcionales al perjuicio que se causa con él a los demás legitimarios, máxime cuando está en manos del testador dejar a su descendiente incapacitado -respetando la legítima estricta- dos tercios de su herencia. Y más aún cuando la LPPD contiene otras disposiciones que permiten favorecer al incapacitado, como la donación o legado de un derecho de habitación a su favor sobre la vivienda habitual no computable en las legítimas. Añade que si entre los descendientes del

⁷⁵DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. nota anterior, pag. 36). Se pregunta esta autora ¿Por qué razón el cónyuge viudo que actúa facultado por el testador ha de tener mayor respeto a la legítima estricta que el que se impone al testador que delega en él todas las facultades que la ley le concede? No se trata de que el testador no quisiera imponer el gravamen, y lo haga por él su cónyuge viudo, sino que el testador se abstuvo de ejercitar sus facultades, para que, después de su fallecimiento, lo hiciera por él su cónyuge.

⁷⁶DIAZ ALABART, S. “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta...” (nota anterior, pag. 269).

testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido pueda tener el delegar en el cónyuge viudo las facultades del art. 831 CC. Ordinariamente el testador pretenderá con ello, que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite. Si para facilitar esto, el legislador ha incluido una serie de posibilidades, no hay razón de peso que impida que además de poderlo establecer el testador, cuando éste haya dispuesto que sea su cónyuge viudo quien las tome, pueda hacerlo exactamente igual.

La Ley 41/2003 tiene como fin el favorecer a las personas con discapacidad, aunque ello signifique una merma en los derechos de sus colegitimarios, y por lo tanto nos unimos a la interpretación más favorecedora de esta finalidad, que adhiriéndonos a la interpretación de la doctrina⁷⁷ más autorizada, encaja perfectamente con este propósito.

CONCLUSIONES

1.- El delegado del artículo 831 CC podrá gravar con sustitución fideicomisaria la porción que no sea la legítima estricta, de alguno de los herederos, a favor de quienes lo fueron llamados también (hijos o descendientes). Para usar de esta facultad deberá estar autorizado para ello por el testador. No se trata más que de una forma de mejora a favor de quienes el artículo 831 CC permite hacerlo. Pero, claro está, no se podrá perjudicar el derecho de los legitimarios por lo que el fiduciario deberá velar por no romper el valor mínimo de la cuota legitimaria de aquéllos.

Por lo tanto, cabrá gravar la porción de un hijo con sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente, pero con los límites siguientes: a) respeto absoluto de la legítima estricta de los hijos y descendientes en su caso, b) que los llamamientos no podrán ir más allá del segundo grado o que se hagan a favor de personas vivas al fallecimiento del testador, en los términos del artículo 781 CC.

2.- No obstante, hay una importante excepción por lo que se refiere al respeto

⁷⁷DIAZ ALABART, S. “El discapacitado...” (Op. Cit. nota anterior, pag. 36 y 37). Resume esta autora una inteligente valoración: “La Ley 41/2003 tiene como fin el favorecer a las personas con discapacidad, aunque ello signifique una merma en los derechos de sus colegitimarios, y la interpretación que propongo, sin chocar con las normas vigentes encaja perfectamente con este propósito. Lo que no es seguro es que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del art. 808,3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente”.

absoluto de la legítima estricta: el fideicomiso sobre la legítima estricta cuando está realizado para mejorar o garantizar el derecho de un incapacitado judicialmente, que como hemos visto, cabe de conformidad con los artículos 808 y 782 CC y en los términos señalados por los citados artículos, esto es, una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Previamente, para gravar la legítima se requiere que el hijo o descendiente haya sido declarado incapaz por sentencia judicial firme, sin que baste que tenga cualquier tipo de minusvalía.

3.- La institución de este fideicomiso de los artículos 808 y 782 CC cuando se grave la legítima estricta, si se hace por el delegado del 831 CC, a nuestro juicio, requerirá la autorización del testador para que el fiduciario pueda utilizar de la facultad de constituirlo. No obstante es respetable la doctrina mayoritaria de que no es precisa la autorización del testador sino que basta que no lo haya prohibido expresamente.

APENDICES. ANEXOS. TESTAMENTOS E INSCRIPCIONES.

ANEXO 1: MODELO DE TESTAMENTO CON FIDUCIA SUCESORIA DEL 831 CC.

Se pueden plantear diversas formas de redacción, según nos remitamos a la redacción estricta del artículo 831 CC. La primera y habitual, es dejar a los herederos junto con el fiduciario la interpretación de la extensión de las facultades de la delegación, lo que es peligroso por constituir un auténtico semillero de pleitos. La segunda, más artesana, consiste en hacer una redacción muy detallada con una extensa regulación de la fiducia, determinación de su pendencia, administración de los bienes durante aquella, garantías, la disposición en su caso y todo lo que estimase oportuno el causante, con la única limitación del respeto de la legítima estricta de los hijos o descendientes comunes y no comunes. Así pues:

1.- Cabe una formula sencilla y breve en la que se declare herederos a los hijos sustituidos para los casos de premoriencia, conmoriencia, renuncia o incapacidad por sus descendientes por estirpes o acreciendo en su caso. Y a continuación se conceda el usufructo universal de todos los bienes (opcional), derechos, acciones y herencia al cónyuge viudo o viuda, o a la pareja de hecho supérstite, añadiendo la facultad concedida en el artículo 831 del Código Civil, de mejorar, partir, atribuir y adjudicar a favor de esos hijos en la forma que tenga por conveniente. A estos efectos se señalará forzosamente si la facultad de mejora incluye a los nietos viviendo sus padres, así como un plazo de ejercicio de la fiducia que –para su eficacia práctica en la mayoría de los casos- deberá ser lo más generoso posible. A falta de ese plazo, concediendo al cónyuge el usufructo universal, hemos defendido (capítulo XIII) el carácter vitalicio del plazo, aunque esto no es pacífico. Por eso, la recomendación de establecer expresamente ese carácter vitalicio o temporal.

2.- La segunda opción, reguladora con detalle de la fiducia, no es un testamento breve, ni puede serlo si lo que se pretende es solucionar los problemas de interpretación que puede plantear el artículo 831 CC. Pero debe estar redactado en un lenguaje sencillo y claro, al alcance de cualquier persona con un nivel medio de comprensión. En este testamento se opta, en cada caso, por alguna de las alternativas expuestas en el estudio,

que será siempre adaptada a la voluntad del testador si lo prefiere (lo que significa que podrá eliminar, modificar, sustituir, matizar...todo aquello que quiera siempre con respeto de los derechos legitimarios), por ejemplo, la concurrencia y modalización de las causas de extinción de la fiducia.

Cláusula de testamento con la facultad de mejorar, distribuir, partir, atribuir y mejorar del artículo 831 CC: Ordena su sucesión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil, en los siguientes términos:

A) *Delegación de la facultad de ordenar la sucesión.* Una vez fallecido el testador, su cónyuge o pareja tendrá el carácter de fiduciario con arreglo al artículo 831 del Código Civil sobre todos los bienes del testador, que podrá partir y distribuir entre sus hijos y descendientes comunes, en la forma que tenga por conveniente, sin más limitación que la distribución igualitaria de la legítima estricta. En consecuencia, salvada la legítima estricta, instituye herederos a sus descendientes en la cuota o proporción que resulte de la partición y distribución efectuada por su cónyuge.

Si alguno de sus hijos falleciere antes de que el cónyuge fiduciario hubiera efectuado la distribución de los bienes, sus respectivos legitimarios adquirirán el mismo derecho a la legítima estricta que tenía el hijo fallecido, quedando subsistentes las facultades del cónyuge fiduciario respecto del resto del caudal sucesorio.

B) *Forma y plazo de la ejecución.* El cónyuge fiduciario podrá ejercitar sus facultades en uno o varios actos, mediante adjudicación *inter vivos* de bienes concretos, y el resto, o todo el caudal, mediante adjudicación y distribución en testamento, durante toda su vida. Si al tiempo de su fallecimiento no se hubiera distribuido todo el caudal *inter vivos* o *mortis causa*, los bienes no adjudicados se distribuirán a partes iguales entre sus hijos o nietos, por estirpes. Respecto de las adjudicaciones hechas en vida, el cónyuge fiduciario podrá expresar en la escritura de adjudicación, o en declaración posterior en cualquier momento, que tienen el concepto de mejora. Si no lo expresara así, se entenderá que es un anticipo a cuenta de una distribución igualitaria y se le computará como tal en su día.

C) *Bienes gananciales.* Si al tiempo del fallecimiento del testador, el régimen económico de su matrimonio fuera el de gananciales, las facultades del cónyuge fiduciario se extenderán también a los que correspondan al testador en concepto de gananciales. Si no se hubiera practicado la liquidación, se entenderá, salvo que el cónyuge fiduciario exprese otra cosa, que la adjudicación o enajenación de un bien ganancial se imputa íntegramente a la herencia del testador, hasta agotar su mitad de

gananciales, computada por el valor que figure en el inventario a que se refiere el apartado E). Si el cónyuge fiduciario lo decide así, podrá practicar la liquidación de gananciales en cualquier momento, distinguiendo los que se adjudican al cónyuge viudo en pago de su mitad y los que se adjudican a la herencia del testador. Para esta liquidación necesitará la intervención de los legitimarios, salvo que se practique con valoración de los inmuebles por un perito tasador colegiado o que se adjudiquen todos los bienes por mitad y en pro indiviso entre el cónyuge viudo y la herencia del testador. En todo caso los bienes que se adjudiquen a la herencia del testador quedarán sometidos a lo dispuesto en este testamento, sin proceder a su entrega a los herederos.

D) *Régimen de administración y disposición.* Durante todo el tiempo que dure la indivisión, el caudal hereditario procedente del testador quedará bajo la posesión y administración del cónyuge fiduciario, que percibirá íntegramente los frutos, rentas y beneficios en concepto de usufructuario universal, quedando comprendida su legítima en este usufructo, y sin necesidad de prestar fianza. El cónyuge fiduciario deberá abonar todos los gastos e impuestos de la sucesión, con cargo al patrimonio hereditario. La disposición de bienes del patrimonio mobiliario se considerará acto de administración, quedando subrogados los reinvertidos en lugar de los enajenados, pero, con independencia de lo anterior, el cónyuge fiduciario tendrá la facultad extraordinaria de disponer libremente para sí de los bienes del caudal hereditario con cargo al tercio de libre disposición, apreciado por el valor que tuviere al tiempo del fallecimiento del testador, actualizado con el IPC anual y sin perjuicio de las legítimas estrictas.

E) *Inventario.* Para la correcta ejecución de las facultades conferidas al cónyuge fiduciario, éste deberá formalizar inventario, que protocolizará notarialmente en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del testador, de todos los bienes que formen el caudal hereditario, con indicación de su carácter privativo o ganancial y con su valoración adecuada, así como los muebles u objetos de extraordinario valor a juicio del cónyuge. Los valores asignados se irán actualizando anualmente con el IPC. Partiendo de este inventario, se irán anotando las adjudicaciones concretas que haga en vida y las enajenaciones o disposiciones que efectúe conforme a las cláusulas anteriores, a fin de que queden claramente determinados en cada momento los bienes adjudicados y los pendientes de distribuir y adjudicar y, por tanto, la cuota o proporción resultante de cada uno de los herederos.

Para la valoración de la legítima estricta se atenderá siempre al valor que tuviera al tiempo del fallecimiento del testador. Esta cantidad, actualizada por el IPC de cada año,

será el mínimo a percibir por los descendientes. El resto del aumento de valor de los bienes quedará incluido en las facultades de libre distribución del cónyuge fiduciario

F) *Oposición o impugnación.* Si alguno de sus descendientes se opusiere o impugnare lo dispuesto en este testamento o alguna de las adjudicaciones efectuadas por el cónyuge fiduciario, su participación en la herencia quedará reducida a la legítima estricta, que percibirá, a decisión del cónyuge fiduciario, en efectivo y en la forma y plazos que determine. (Esta cláusula, que en la práctica solicitan los causantes de fiducias sucesorias, como hemos analizado en los capítulos correspondientes –XI y XII- es de todo punto cuestionable, porque como ocurre con el descendiente no común, que debe recibir su legítima inmediatamente o al menos en el plazo más breve de tiempo desde la apertura de la sucesión, ciertamente el descendiente común que ha sido reducido a la legítima estricta y corta, se vería seriamente perjudicado en el caso de un retraso en su pago, por lo que supondría una colisión con el principio de intangibilidad. Por lo tanto, también debe recibir sus derechos con la mayor brevedad de tiempo posible si es que se trata de los mínimos y no va a resultar mejorado. Esto, pone en cuestión la posibilidad del plazo largo para la ejecución de la fiducia, lo que no ha previsto el texto del precepto en su redacción de 2003).

G) *Extinción de las facultades conferidas.* Las facultades conferidas en este testamento al cónyuge del testador se extinguirán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil, en el caso de que contrajera nuevo matrimonio, mantuviera una relación de pareja extramatrimonial o tuviere algún hijo. Ahora bien, para que tenga lugar la extinción se requerirá acuerdo de (póngase un porcentaje o parte indivisa o en su caso la unanimidad...) partes de los legitimarios mayores de edad, computados por estirpes y si hubiere dos, por unanimidad. Concurriendo la extinción, se procederá inmediatamente a la entrega de los bienes existentes del caudal entre sus hijos y nietos, por estirpes, previa liquidación, en su caso, de los bienes gananciales, con intervención de los legitimarios y cesará la posesión y administración del cónyuge fiduciario, que sólo conservará la legítima viual, equivalente al valor del usufructo del tercio de mejora al tiempo del fallecimiento, sin actualización, capitalizada en bienes concretos, a ser posible efectivo o valores mobiliarios, que recibirá en pleno dominio. Si el cónyuge hubiera efectuado alguna enajenación de bienes, para sí, con cargo al tercio libre, sólo serán firmes las efectuadas con una antelación superior a dos (o plazo que se señale) años. El importe de las efectuadas en los dos (o plazo señalado) últimos años deberá ser reintegrado a los herederos, sin actualización monetaria, y pudiendo efectuar el pago en

plazos anuales hasta un máximo de cinco (o plazo oportuna), con el interés legal. El importe a reintegrar será el valor fiscal u oficial si fuere superior al declarado. También se extinguirán las facultades del cónyuge fiduciario en caso de pérdida de capacidad, aunque no esté declarada judicialmente, pero el cónyuge conservará el usufructo universal y no se anulará ninguna enajenación. El reparto del caudal existente del testador se producirá al fallecimiento del cónyuge, con arreglo a la distribución efectuada en su testamento o, en su defecto, a partes iguales, por estirpes.

H) *Aspectos de carácter fiscal.* Se hará en el testamento una consideración y solicitud: “en todo caso, la distribución de los bienes del testador, ya sea mediante adjudicaciones en vida por el cónyuge fiduciario, ya sea mediante distribución en el testamento de éste, traen su causa de la herencia del testador, y no son sino la partición de sus bienes, por lo que no deben devengarse impuestos por la adjudicación o distribución distintos de los ya pagados en su día por el Impuesto de Donaciones y Sucesiones”.

I) Reconoce a los hijos o descendientes en su caso que tengan la condición de legitimarios en su herencia, y que no hubiesen sido mejorados o recibidos adjudicaciones por parte del fiduciario, los mínimos derechos que por tan condición les correspondan de conformidad con lo dispuesto por la ley.

ANEXO 2. MODELOS INSCRIPCIÓN DE FIDUCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Lo normal es que el reflejo registral de la cláusula testamentaria en la que el testador delega la facultad de mejorar, se haga de forma ordinaria tal cual si se tratase de una inscripción a favor de un heredero con la mención literal de la carga que supone la circunstancia de por su voluntad tenga el poder de distribuirlo entre los hijos y descendientes comunes y no otros, y que por la falta de esa ejecución de la delegación se adjudique a todos esos por partes iguales o en la proporción que determine el testador.

En la doctrina, se hacen estudios amplios de las cláusulas de sustitución fideicomisaria conforme los artículos 82 y 178 del RH, si bien, esto solo es aplicable para los casos de fiducias condicionadas o sometidas a cláusulas restrictivas y condiciones impuestas por el testador, como veremos.

Sin embargo, cuando se trata de fiducias ordinarias o delegaciones de la facultad de mejorar o distribuir de forma pura y simple sin sometimiento a condiciones, esto es, que solo depende de la voluntad del fiduciario, en lo que se refiere a la proporción de la

distribución, registralmente, el tratamiento de la delegación de la facultad de mejorar y distribuir, al amparo del artículo 831 CC funciona de forma muy distinta.

La cláusula de sustitución fideicomisaria permite que cuando se produzca el término o la condición -según que sea a plazo o condicional- por mera acta de notoriedad acreditativa del hecho se produzca la transmisión al fideicomisario/s. Pero eso no ocurre en el 831 CC de la fiducia pura y simple, ni en ningún supuesto de fiducia sucesoria en los supuestos admitidos en derecho foral o especial cuando no están sometidas a condiciones.

Cuando hay una fiducia sucesoria, como ocurre por ejemplo en Aragón, se inscribe a nombre del fiduciario, con ese carácter, y nada más¹. En el acta de inscripción no se refleja cláusula alguna. De los términos anteriores de la inscripción ya resultan los términos del testamento. Dicho de otra forma, el reflejo registral se asemeja más a los supuestos de titularidades fiduciarias del artículo 2.3 inciso final de la Ley Hipotecaria, más que a las sustituciones fideicomisarias. En estas ya existe un llamamiento a favor de personas existentes o por existir, que incluso es susceptible de transmisión, gravamen o embargo si la sustitución es a término (recuérdese la polémica sobre el conflicto entre los artículos 759-799 CC y cómo se interpreta jurisprudencialmente que éste se refiere al término, mientras que el primero a la sucesión condicional). En la fiducia derivada del 831 CC no existe llamamiento ni condicional ni a término alguno aún a favor de los posibles beneficiarios en el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir. Por eso un modelo de inscripción sería de la siguiente forma:

“DESCRIPCIÓN. CARGAS. Don... adquirió esta finca por título de.....con carácter ganancial. Falleció el día.....según certificado de defunción de fecha... bajo testamento de fecha.. autorizado por el notario.... último que otorgó según certificado del Registro de Actos de última Voluntad de fecha.... en el que "(contenido del testamento) por ejemplo legó la legítima a sus hijos e instituyó heredera universal a su esposa/o, sustituidos todos ellos vulgarmente por los hijos comunes y descendientes, con atribución al cónyuge sobreviviente de la facultad de realizar a favor de hijos y descendientes comunes mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la

¹Así me lo ha facilitado mi compañero en la Dirección General de Registros y del Notariado, como Letrados en la misma, Javier Gómez Gállego, a cuya gentileza debo el modelo anexo de inscripción de la fiducia PURA Y SIMPLE.

sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar, en el plazo de". Doña....viuda...por escritura de disolución de sociedad de gananciales y manifestación de herencia autorizada el... por el notario de....disuelve la sociedad de gananciales sobre esta finca y otras... más, adjudicándose la finca de este número en pago de su mitad de gananciales (si la finca fuera privativa no sería precisa disolución). En su virtud inscribo a favor de DOÑA... el dominio de esta finca (no se puede poner pleno dominio dada la limitación fiduciaria) con carácter de heredera fiduciaria. Así resulta de la citada escritura de disolución de gananciales y manifestación de herencia, primera copia de la cual fue presentada en este Registro a las....horas del día.... Lugar, fecha, firma”.

Ciertamente, es bien distinta la forma de inscribir, pues no se plasmaría cláusula de sustitución alguna, que resulta del contenido del testamento.

ANEXO 3.ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA FIDUCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CUANDO HAY SOMETIMIENTO A CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TESTADOR.

3.1.- La concesión de la facultad de mejorar del artículo 831 CC sometida a una carga modal o a condición resolutoria. Es habitual la disposición en la que se concede la facultad del artículo 831 CC, dando instrucciones sobre cuál o cuáles de los hijos o nietos deben ser los mejorados, o imponiendo modos, cargas, formas de actuación o incluso estableciendo condiciones. Por ejemplo, de acuerdo con ciertas circunstancias de ocupación y custodia respecto de uno de sus hermanos o tío que es discapacitado; indudablemente la voluntad del causante ha de cumplirse. En estos casos, por ejemplo, se aconseja u orienta al fiduciario sobre que se mejore al hijo o descendiente que se haga cargo del discapacitado. En el caso de que se ordenase así, debería ineludiblemente cumplirse. Otro ejemplo, es el de la disposición sobre la empresa familiar, permitiendo unos plazos muy amplios para facilitar al supérstite la elección del mejorado (tiempo para valorar y apreciar las condiciones, preparación para dirigir la explotación familiar, dedicación a la misma...), además de instruir detalladamente sobre la forma de llevar la empresa durante el tiempo en que se toma la decisión y se ejecuta la fiducia, para evitar el deterioro y permitir el mejor rendimiento que exija el dinamismo de la compañía.

El contenido de esa carga puede ser muy variado y se acompaña de límites en el ejercicio de esa facultad y de garantías para asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador. De esta forma, se acompaña la carga modal por retribuciones, plazos muy

ampliados, instrucciones respecto a las condiciones de vida o sociales que debe reunir el discapacitado...

Y en el apartado de garantías cabrían en primer lugar las condiciones resolutorias, con beneficiados expectantes para el caso de producción del evento que precipite la resolución. Y en segundo término, medidas de control y supervisión del facultado para mejorar, o nombramiento de personas que vigilen el cumplimiento de la voluntad estricta del testador en ese punto (unos albaceas específicos para esta disposición y con plazos muy superiores a los normales...); estos supervisores ponderarán esas circunstancias que condicionen el buen cumplimiento del encargo.

En caso de discapacitados, la edad de otros hermanos, el comportamiento con el incapaz, la evolución de la capacidad del instituido, evolución y cuantía de lo que se deje en concepto de mejora al disminuido, composición y naturaleza de su patrimonio (muebles, inmuebles, derechos, valores bien sea en acciones o fondos gestionados o no, participaciones en sociedades, derivados, activos volátiles etc.), independencia económica respecto de otros hijos o descendientes... en definitiva, dejar encauzada la situación del incapaz o del discapacitado. Lo que se hará en el testamento en que se instituye la delegación: mínimas cantidades que deben percibir quienes se encargarán de distribuir esas cantidades, personas con quienes habitará, los encargados de su cuidado, atención y custodia en su caso (tanto antes como después de fallecido el cónyuge supérstite), y personas que ejercerán el control, auditoría y se asegurarán de la efectividad y cumplimiento de lo ordenado.

Esto se hace especialmente útil en el caso de comerciantes o empresarios, cuando nos encontramos ante la sucesión en la empresa familiar. En definitiva, se trata de encauzar la explotación mercantil hasta la determinación de quiénes serán los continuadores y colaboradores de acuerdo con las condiciones y exigencias hechas por el finado en su testamento. Pero además, para el tiempo en que ha de durar la fiducia, se han de regular actividades jurídico-económicas de la empresa en las que el causante pudo haber manifestado su voluntad: mínimos repartos de dividendos (o máximos en su caso), exigencia de determinadas inversiones mínimas, designación de las personas que gestionarán y administrarán la empresa (o al menos de las condiciones que deben reunir), y quién controlará y vigilará que se han cumplido las condiciones de gestión e inversión impuestas por el causante.

3.1.1. Inscripción de la cláusula de fiducia del 831 CC en estos casos. No se recoge de forma especial en la Ley Hipotecaria ni en el Reglamento. Por lo que

buscaremos formas semejantes para su inscripción de acuerdo con las de las sustituciones fideicomisarias y las condiciones o limitaciones en general.

3.1.2.Inscripción de sustituciones fideicomisarias. No hay un artículo de la Ley Hipotecaria o del Reglamento destinado a regular específicamente la inscripción de la fiducia sucesoria y las ejecuciones posteriores de la misma. Debemos buscar solución en la aplicación de otras normas que por su naturaleza puedan dar cabida a situación parecida. Por ejemplo, la inscripción de las sustituciones fideicomisarias que solamente es objeto de regulación por el Reglamento Hipotecario, el cual destina su art. 82 relativo su inscripción y el artículo 178 por lo que se refiere a la cancelación. En principio, no se recoge ningún precepto especial en la Ley Hipotecaria.

Artículo 82 Reglamento Hipotecario. *<<En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.*

Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.

En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba.

El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella.

El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios >>.

Artículo 178 Reglamento Hipotecario. *<<1.A los efectos del párrafo 1 del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.*

2. *Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor, bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad.*
3. *Podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieren obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.*
4. *Igualmente se practicarán las otorgadas por los herederos fiduciarios o por los usufructuarios, cualquiera que sea el título de constitución del usufructo, cuando no sean conocidos los fideicomisarios o nudo propietarios respectivos, siempre que se invierta el importe de los derechos reales extinguidos en valores del Estado, depositados en un establecimiento bancario o Caja oficial a favor de quienes puedan tener derecho a tal importe.*
5. *Bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquél>>.*

La circunstancia de ser o no conocidos los fideicomisarios –circunstancia históricamente determinante en la evolución legislativa del precepto- ha quedado plasmada como reminiscencia en la redacción del artículo 178, 4, del Reglamento Hipotecario, que no fue modificado en este aspecto por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que dispone, a los efectos de proceder a la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, (en términos parecidos a lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria para cancelación de inscripciones o anotaciones en general), que “igualmente se practicarán las otorgadas por los *herederos fiduciarios...*, cuando no *sean conocidos los fideicomisarios...*, siempre que se invierta el importe de los derechos reales extinguidos en valores del Estado, depositados en un establecimiento bancario o Caja oficial a favor de quienes puedan tener derecho a tal importe”.

En el caso de la fiducia sucesoria del artículo 831 CC, si es que optamos a efectos registrales, por buscar una solución parecida a la de las sustituciones fideicomisarias, debemos considerar previamente si los herederos o destinatarios finales (fideicomisarios) son o no conocidos. Debemos adoptar la solución afirmativa, pues aunque no está determinada la porción y cuantía de la distribución entre los hijos y descendientes comunes, lo que depende de la voluntad del fiduciario y su ejercicio de la facultad que se le ha delegado, lo cierto es que sí conocemos el conjunto de los perceptores o posibles adjudicatarios, que desde luego son llamados a la herencia por su

condición de hijos o descendientes comunes, y en cualquier caso, algunos de ellos son legitimarios.

Por consiguiente, siguiendo a ROCA² entendemos que a *sensu contrario*, cuando los fideicomisarios son conocidos, como sería el caso de una fiducia sucesoria del artículo 831 CC, se requerirá para cancelar, el consentimiento de los mismos

El antiguo Código de Sucesiones de Cataluña (el actual Código Civil de Cataluña, ya no recoge esto en las garantías del fideicomiso pendiente) y la Compilación de Navarra no atienden a dicha circunstancia de que sean o no conocidos los fideicomisarios. En este sentido, el derogado artículo 220, 4º, de dicho Código de Sucesiones, preveía que el fiduciario por sí solo, bajo su responsabilidad, podía “consentir la cancelación de inscripciones de hipoteca u otras garantías constituidas en garantía de créditos hereditarios ya extinguidos o que se satisfagan, siempre que los interesados exijan los expresados actos”, agregando el último párrafo de dicho artículo que “los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del gravamen fideicomisario y, en su lugar, estarán afectos al mismo el dinero o los otros bienes obtenidos por el fiduciario”. Actualmente, en el artículo 426-56 del Código Civil de Cataluña, lo único que recoge es una regulación de los efectos de la subrogación real respecto de los bienes o derechos que reemplacen los bienes fideicomitidos a consecuencia del ejercicio de las facultades dispositivas del fiduciario o por cualquier otra causa, con las excepciones correspondientes. Y añade que el fideicomiso subsiste sobre el remanente no consumido en caso de enajenación o gravamen de bienes para satisfacer las necesidades personales o familiares del fiduciario. Recoge también una detallada regulación –en artículos anteriores- sobre las disposiciones de los bienes fideicomitidos.

La ley 234, 2 de la Compilación de Navarra, establece que el fiduciario por sí solo podrá “cancelar por cobro créditos hipotecarios o pignoraticios”, si bien debe entenderse, aunque no lo diga, que actuará la regla de la subrogación real respecto de lo cobrado.

En líneas generales hay sustitución fideicomisaria cuando, por disposición del fideicomitente, la totalidad o una cuota de una herencia o legado sea adquirido por el heredero o legatario con el gravamen de que finalizado el término o cumplida la condición establecidos, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota de la

²ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario, dinámica registral” Tomo VI. 8ª edición revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, casa editorial. 1997. ISBN 84-7676-316-6. (páginas 73 y siguientes).

herencia o legado fideicomitidos. Por lo que en la inscripción de las sustituciones fideicomisarias sobre bienes inmuebles hay que contemplar, en relación a las fincas o derechos reales sobre las mismas, objeto de la herencia o legado fideicomitidos, las tres fases posibles siguientes:

Que se trate de inscribir la adquisición a favor del heredero o legatario fiduciario.

Que se trate de inscribir la adquisición a favor del heredero fideicomisario –hijos o descendientes comunes-, por haber hecho tránsito el fideicomiso a su favor, debido a la actuación del fiduciario ejercitando la delegación.

Que se trate de hacer constar registralmente la consolidación del derecho del fiduciario, por inoperancia de la sustitución fideicomisaria al frustrarse dicha delegación, como sería el caso poco frecuente de desaparición de todos los hijos y descendientes comunes y los no comunes, sin existencia de otros legitimarios, de forma que el fiduciario hubiese sido designado heredero por sustitución vulgar en su caso.

Podemos buscar la regulación de estas tres fases implícitamente el art. 82 del Reglamento Hipotecario, de suerte que, siguiendo a ROCA³, hay que, distinguir cada una de ellas:

A) INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN A FAVOR DEL FIDUCIARIO.

El heredero o legatario fiduciario –cónyuge o pareja de hecho supérstite- pueden obtener la inscripción a su nombre, de las fincas o derechos reales sobre las mismas, que consten inscritas a nombre del fideicomitente y resulten sujetas al fideicomiso, de acuerdo con las normas generales aplicables a las adquisiciones por herencia o legado, sin más particularidad que la constancia, en el asiento correspondiente que se practique, del gravamen de sustitución fideicomisaria, o lo que es en este caso, la carga de que corresponde a los herederos –hijos y descendientes comunes que hayan sido designados para recibir en la proporción y con la mejora que el fiduciario determine- la propiedad de los bienes que constituyen el caudal hereditario o el legado sometido a la fiducia.

El artículo 82, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario, en tal sentido, establece que “en las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practique a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución”. Así pues, se hará constar en el Registro, con detalle (literalmente), todo el contenido de las facultades, limitaciones, plazos en su caso, garantías y otros aspectos que configuran la

³ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario...” (Op. Cit. En páginas 73 y siguientes).

delegación fiduciaria.

De este modo el Registro publicará como titular actual del dominio de la finca o derecho real sobre la misma inscritos a favor del fiduciario a éste, y como titular potencial correspondiente a los herederos fideicomisarios⁴.

Siguiendo a ROCA⁵, el gravamen fideicomisario –en este caso, de la fiducia sucesoria- debe, en rigor, hacerse constar en la inscripción extensa, mediante el sistema de copiar literalmente la correspondiente cláusula testamentaria, no sólo porque muchas veces implica una verdadera condición, y las condiciones, según prescribe el artículo 51, 6º del Reglamento Hipotecario, han de ser copiadas literalmente, sino porque lo impone el carácter complejo y comprimido de la redacción de tales cláusulas fideicomisarias, en las cuales, a veces, la mera omisión de un signo ortográfico puede alterar su significación. Debe regir, por consiguiente, el criterio de literalidad (ROCA⁶). Desde luego el artículo 76, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario exige que en la inscripción de bienes adquiridos por sucesión testamentaria “se harán constar las disposiciones testamentarias pertinentes”, y esta constancia, por las exigencias del supuesto, debe estimarse ha de ser de plena literalidad en materia fideicomisaria.

Además, el artículo 82, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario únicamente exige que “se hará constar la cláusula de sustitución”. Pero, al hablar de “cláusula”, hay que entender que se refiere a toda ella y, por tanto, entendemos que literalmente y completa.

El antiguo artículo 208 del Código de Sucesiones de Cataluña, actualmente el artículo 426-22 letra a), en el mismo sentido, impone al fiduciario la obligación de “inscribir el título sucesorio correspondiente en el Registro de la propiedad insertando literalmente la cláusula fideicomisaria”. El artículo 30, párrafo 3º, de la Compilación de Baleares, en relación con Mallorca y Menorca, sólo dice, respecto a las garantías que debe prestar el fiduciario para la restitución de los bienes fideicomitidos, que será suficiente, en lo que a inmuebles se refiere, “la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la propiedad”. La Compilación de Navarra, en su ley 231, establece, como garantía de restitución de los bienes del fideicomiso, salvo disposición contraria del disponente o acuerdo de fiduciario o fideicomisarios, “la inscripción de

⁴ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 79).

⁵ ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 79 y 80).

⁶ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario, dinámica registral” (Op. Cit. páginas 79 y 80).

los inmuebles en el Registro de la propiedad, con constancia del fideicomiso”. A juicio de ROCA⁷, a pesar de los términos de estos dos últimos preceptos, debe entenderse que deberá constar literalmente en el Registro la cláusula fideicomisaria, al menos por aplicación del artículo 82, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario.

Parece que no debería haber obstáculo alguno para que, pendiente la sustitución fideicomisaria inscrita, pudiera tener constancia registral el acto de disposición de la expectativa de adquisición que otorgase el fideicomisario titular de la misma, a favor de tercero, por venta o cualquier acto de transmisión por acto entre vivos; pero la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 24 de octubre de 1985, 11 de julio de 2003) se opone a que este acto dispositivo pueda tener acceso registral, por impedirlo el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, lo que demuestra que propiamente no se trata de un derecho propiamente inscrito el del fideicomisario antes de deferírsele el fideicomiso. Sin embargo, aunque haya sólo una expectativa del derecho del fideicomisario, a pesar de que la legislación hipotecaria silencia que la misma pueda acceder al Registro, entiende ROCA que no es convincente el obstáculo dicho del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues ello implica una verdadera laguna legislativa que debería subsanarse, al menos provisionalmente, por la vía de las directrices sentadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

B) INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN POR EL FIDEICOMISARIO AL DEFERÍRSELE EL FIDEICOMISO A SU FAVOR. Al ejecutarse la delegación por el fiduciario, ha cesado la incertidumbre o la condición de de la que pendía la adquisición de los bienes de la herencia o legado por los fideicomisarios llamados, en palabras de ROCA SASTRE⁸, “estos bienes hacen tránsito a favor del mismo”, sea en su totalidad, sea en una cuota de ellos, según haya ejercitado sus facultades el supérstite y hecho las adjudicaciones y mejoras. En consecuencia, esta mutación de titular de los bienes inmuebles fideicomitados, ha de ser susceptible en este caso de tener pleno acceso al Registro, en el sentido de poder los mismos ser perfectamente inscritos a nombre del fideicomisario.

En este sentido, el actual artículo 82, párrafo 2º del Reglamento Hipotecario establece que “*cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a*

⁷ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 80).

⁸ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario, dinámica registral”. (Op. Cit. página 81).

favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar”.

Para que el fideicomisario, una vez deferido a su favor los bienes inmuebles fideicomitados, pueda lograr inscribirlos a su nombre, se requiere justificar el ejercicio de la fiducia y la entrega de los bienes, de lo que dependía que tales bienes inmuebles hicieran tránsito al fideicomisario. Esta justificación consistirá fundamentalmente, según prevé el artículo 82, párrafo 2º del Reglamento Hipotecario, en el título sucesorio correspondiente en el que se hubiesen establecido los términos del gravamen de sustitución fideicomisaria, a cuyo contenido habrá que atenerse; pero, además, deberán aportarse al Registro los documentos acreditativos de ejecución de la fiducia, (Escritura de adjudicación, entrega total o parcial, último testamento del fiduciario en los casos en que se le hubiere permitido ejercitar la fiducia mortis causa o durante su vida por cualquier título, para lo que habría que acreditar la muerte del fiduciario y ser ese su último testamento por los medios ordinarios de la legislación registral y notarial). En general, los documentos que justifiquen haberse cumplido el encargo.

Matiza ROCA⁹ que en ciertos supuestos, además, será indispensable aportar otros documentos complementarios. Así, por ejemplo, cuando los fideicomisarios no están indicados por sus nombres, se precisará acreditar documentalmente quiénes sean éstos; lo mismo ocurrirá cuando, habiendo sido designados los fideicomisarios nominativamente, hubieren los mismos o alguno o algunos de ellos fallecido antes de la delación fideicomisaria a su favor, pero habiéndose previsto en el título sucesorio la oportuna sustitución vulgar en fideicomiso.

El artículo 82 del Reglamento Hipotecario, en sus párrafos 3º y 4º, se refiere a toda dicha documentación, al disponer lo siguiente:

“En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba”.

“El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de la condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella”. No parece que en el

⁹ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 83).

caso de la fiducia sucesoria sea necesaria esta regulación, porque en nuestro caso, se trata de fideicomisarios tasados, esto es, hijos y descendientes comunes, cuyos datos y filiación están más que determinados.

Por consiguiente, el acta notarial de notoriedad o las escrituras de ejecución de la fiducia, o adjudicación de bienes en ejercicio de la misma, entrega de bienes en cumplimiento de ese título, donación (mal llamada porque no se dona nada por parte del fiduciario, como hemos visto en capítulos anteriores), en el primer caso tramitada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial, en los otros con los requisitos ordinarios del mismo Reglamento Notarial, son el medio de prueba y documental a que acude el Reglamento Hipotecario y la legislación civil para determinar y acreditar los hechos a que se refiere. Hay, no obstante, hechos que son susceptibles de acreditarse por otros medios, como, por ejemplo, la muerte o la declaración de fallecimiento por ausencia del fiduciario o de algún fideicomisario o fideicomisarios, el nacimiento de estos, etc. No obstante, los correspondientes certificados del Registro Civil o el testimonio del auto judicial de declaración de fallecimiento servirán de documentos complementarios de la escritura pública o en su caso del acta de notoriedad para determinar el hecho objeto de ésta.

Respecto a la determinación de los sustitutos fideicomisarios cuando no estuviesen designados nominativamente, entendemos aplicable el párrafo 3º del art. 82 del Reglamento Hipotecario. Esta norma se refiere a toda clase de sustituciones hereditarias o de legado, según especifica la propia norma, es decir, a la vulgar, pupilar, ejemplar, fideicomisaria y a la vulgar en fideicomiso. En el caso de la fiducia del 831 CC no habrá problema por la mención detallada de los fideicomisarios –hijos y descendientes comunes- que se hará de ellos en el testamento en el que se instituyó la fiducia.

Entiende ROCA¹⁰ que regla fundamental en este momento fideicomisario, es la de diferenciar por un lado, la transmisión del derecho efectivo sobre los bienes fideicomitidos a favor de los fideicomisarios, cuando se defiera a estos la herencia o legado gravados de fideicomiso, y cuya transmisión tiene lugar por la fuerza misma del gravamen fideicomisario, y otra cosa bien distinta es todo lo que atañe a la posesión efectiva por el fideicomisario de los bienes fideicomitidos, cuestión que ya hemos tratado en otros capítulos, aspecto éste que para nada interesa tomar en consideración

¹⁰ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 85).

por el Registro de la Propiedad. Por ejemplo, adaptable a nuestra fiducia del 831 CC, existe el llamado fideicomiso de elección, al que se refiere sin duda la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1990, que exige que los fiduciarios expresen que hacen uso de la facultad de elegir conferida por el testador, sin que basten las disposiciones que los mismos establezcan para sus propias herencias.

C) CONSTANCIA REGISTRAL DE HABERSE CONSOLIDADO EL DERECHO DEL FIDUCIARIO POR FRUSTRACIÓN DEL GRAVAMEN FIDEICOMISARIO. Ocurre que esta situación de pendencia puede llegar a no atribuir derecho alguno a determinados fideicomisarios, debido a que en la ejecución de la fiducia sucesoria, el supérstite ha decidido hacer las adjudicaciones de forma determinada por la que no mejora a alguno de los hijos comunes, por lo que este conservará exclusivamente la legítima estricta que le corresponda. Puede llegar a ocurrir que en el Registro no deba practicarse operación alguna, como no sea la de hacer constar registralmente la situación de la fiducia a los efectos exclusivos de garantizar el derecho legitimario de algunos de los hijos o descendientes no mejorados.

El modo más simple de esta extinción del fideicomiso es el que se produce en ejercicio de la delegación por el supérstite fiduciario mediante la atribución, adjudicación y entrega definitiva de los bienes del caudal hereditario a favor de los hijos y descendientes comunes con las mejoras que determine el fiduciario. También queda sin efecto el gravamen del fideicomiso y extinguida la fiducia, cuando el fideicomisario o todos los fideicomisarios, hayan renunciado a la herencia del causante de la fiducia y a su derecho a hacer suyos los bienes fideicomitados, bien se haya producido esta renuncia total pendiente el fideicomiso, o una vez deferido el mismo a los fideicomisarios renunciantes y aceptadas las atribuciones, lo que significaría una aceptación tácita de la herencia con la transmisión de los bienes a quien el heredero determinase. En estos casos, para hacer constar en el Registro la extinción del fideicomiso por inoperancia de los llamamientos a los fideicomisarios se requerirá presentar, en especial, los documentos acreditativos de este hecho, o la escritura o escrituras públicas en las que consten las renunciaciones de todos los fideicomisarios llamados.

Pero, tratándose de sustituciones fideicomisarias, es el propio artículo 82, párrafo último, del Reglamento Hipotecario, el que considera como plazo de prescripción el de la acción de petición de herencia de treinta años y como *dies a quo* o día inicial para su

cómputo el del día de la muerte del fiduciario, y en el caso de la fiducia del 831 CC desde el vencimiento del plazo señalado o supletorio para la ejecución de la delegación. Naturalmente, ésta habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación de defunción del Registro Civil o, en su caso, el testimonio del auto judicial de declaración de fallecimiento.

Sin embargo, esta forma de computación del referido plazo de prescripción constituye una regla general, ya que ante todo debe estarse a lo dispuesto en la cláusula fideicomisaria correspondiente y hecha constar en el Registro de la propiedad, según el artículo 82, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario. En otro orden, la acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*) está implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil y por las sentencias de 30 de marzo de 1889, 12 de noviembre de 1953, 7 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1971, 2 de junio de 1987 y 27 de noviembre de 1992 (ROCA¹¹). Estas últimas declaran que el tiempo de prescripción extintiva de dicha acción es a los treinta años, por razón de su universalidad. Este plazo de prescripción comenzaría desde el día en el cual la acción pudo ser ejercitada, esto es, desde la conclusión del plazo para la ejecución de la fiducia.

La norma del último párrafo del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, introducida por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, ha de ser objeto de crítica favorable (ROCA¹²). Responde al designio de la legislación hipotecaria de expurgar del Registro asientos de cargas o afecciones que por su antigüedad merecen reputarse extinguidas. Efectivamente, el objeto o ámbito de aplicación del procedimiento de liberación de cargas, según el artículo 209 de la Ley Hipotecaria es el relativo a “las hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena”. Esta fórmula legal revela un criterio de gran amplitud. Tradicionalmente se venía considerando que esta amplitud no permitía extender el procedimiento de liberación a las cargas o gravámenes que no implicaban un derecho en cosa ajena y que quedaban excluidas del mismo aquellas afecciones, restricciones o limitaciones que, sin publicar un derecho en cosa ajena, atribuían a una persona un llamamiento diferido, condicionado o no, a la propiedad de una finca o a la titularidad de un derecho, como las sustituciones fideicomisarias, reservas y modos. No obstante, debe reconocerse que, a pesar de ello, el artículo 209 de la ley está redactado a base de diferenciar el concepto

¹¹ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 88 y 89).

¹²ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pag 89).

de *cargas y gravámenes* del de derechos *reales constituidos sobre cosa ajena*. Esta diferenciación seguramente ha servido de soporte, para que se admitiera la posibilidad de aplicar tal procedimiento, a la cancelación de los gravámenes fideicomisarios que deban reputarse prescritos o extinguidos.

D) GARANTÍAS DE LOS OTROS LEGITIMARIOS

Les queda la posibilidad de solicitar la anotación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, que de la misma forma que está reservado para el legitimario del artículo 1056.2 CC o del legitimario de Derecho Foral catalán. Establece el primer párrafo del artículo 15 de la Ley Hipotecaria el ámbito de esta garantía: *“los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios”*. Así pues, el régimen del artículo 15 de la Ley Hipotecaria no tiene aplicación a todos los regímenes de legítimas, pero nosotros entendemos y sostenemos la posibilidad de que garantice la del legitimario del artículo 831 CC.

Desde luego, ROCA SASTRE¹³ no lo excluye del ámbito de la aplicación, y en su enumeración de los casos en que se excluye la aplicación del artículo 15LH, no se encuentra el del artículo 831 CC. Ciertamente es también, que en la lista de supuestos en los que si se aplica, tampoco está el citado precepto. Pero ocurre que las ediciones que existen de la obra de este autor, son todas anteriores a la reforma de 2003, por lo que no existía entonces una fiducia regulada como ahora, ya que el precepto estaba en esa fase “de dormición aletargada”¹⁴. Una vez que se ha producido la gran revolución de la inclusión de la fiducia sucesoria en el Código Civil¹⁵, debemos afrontar la posibilidad de que la garantía del artículo 15 LH pueda ser utilizada en protección de los legitimarios estrictos que podrían ser perjudicados mientras se termina la ejecución de la fiducia concedida.

Los mismos argumentos utilizados por ROCA¹⁶ para sostener su utilización en el caso del artículo 1056.2, serían de aplicación en este caso. Puesto que ya hemos

¹³ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario, dinámica registral” Tomo VI. (Op. Cit. páginas 6 y 7).

¹⁴Ya hemos empleado este aforismo en los capítulos V y VI sobre su evolución y naturaleza.

¹⁵Como sostenemos.

¹⁶ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho hipotecario...” (Op cit., pags. 12 y 13).

sostenido y argumentado a lo largo de nuestro estudio que la legítima puede ser satisfecha con dinero no hereditario o extra hereditario, la legítima, cuyo pago puede ser realizado así, bien porque lo haya dispuesto expresamente el testador o bien porque la naturaleza y mecánica de ejercicio de la fiducia lo permita, participa indudablemente de la naturaleza de la *pars valoris bonorum*, por lo que entendemos que se puede aplicar el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

CONCLUSIONES FINALES

1.-El legislador mantiene el precepto entre los que contienen la regulación de la mejora, probablemente por no alterar la sistemática del Código Civil, pero es evidente que el contenido del artículo es mucho más que una mera facultad de mejorar, y tras la reforma de 2003, ha alcanzado la categoría de una **auténtica fiducia sucesoria** que pasa a ser una institución recogida en el Código.

2.- **Se ha ampliado la finalidad del artículo 831 CC.** Si en sus orígenes perseguía la conservación de la disciplina doméstica, la cohesión familiar y el mantenimiento de la integridad de la explotación agrícola, pecuaria, fabril y empresarial, ahora, desde la reforma de 2003 (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de creación del patrimonio protegido y sobre protección de discapacitados y modificación del CC en materia de sucesiones y autotutela), la finalidad es también, a través de la ordenación de la sucesión del fallecido, la protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, y por ende, la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola indivisa, a favor de aquel o aquellos de sus descendientes que muestren a ojos del delegado, mayores aptitudes o dedicación a la misma (supera con creces las posibilidades de adjudicación que produce el artículo 1056.2 tras la reforma de 2003 de Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa).

3.-Supone el exponente más importante de la **quiebra del principio de la intangibilidad de la legítima**. Ya hubo antes otras incursiones que fueron cercenando esa intangibilidad, tales como la reforma de los artículos 840 y siguientes CC relativos al pago de la legítima en metálico (Ley 11/1981, de 13 de Mayo); la reforma del párrafo segundo del artículo 1056 CC para facilitar la transmisión indivisible de la empresa familiar (Ley 7/2003, de 1 de Abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa); y por fin, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre creación de patrimonio protegido y protección de discapacitados, que introdujo las dos excepciones más importantes a la intangibilidad de la legítima: la posibilidad de gravar el tercio de legítima estricta con sustitución fideicomisaria para la protección de los incapacitados (en los términos señalados por el artículo 808 CC); y la ampliación de las facultades de distribución y mejora del delegado del artículo 831 CC, que más que ampliar, dibuja una figura completamente nueva por su contenido de actuación.

Todo esto nos lleva a considerar que aceptamos las nuevas posturas doctrinales sobre la teoría de “**la tangibilidad de la legítima en el sistema del Código Civil**”.

4.-Aún cuando las **facultades del delegado** se encuentran en sede de la mejora, tienen un contenido que aumenta y supera el tratamiento de la clásica figura del delegado con facultad de mejorar, pues puede decidir sobre la atribución de dos tercios del caudal, lo que supone mejorar de forma tácita con el tercio de libre disposición. Se trata de un **negocio ordenador de la sucesión que constituye una excepción al principio del personalismo formal**. Es una fiducia limitada a la facultad distributiva-partitiva con cierta maniobra para mejorar dentro de un círculo limitado de personas. En definitiva, es una auténtica fiducia porque tiene contenido fiduciario, y la partición del delegado se somete a las reglas de la partición del causante (1056 CC) y no a las de los contadores partidores (1057 CC).

5.-Las funciones del delegado son, desde un aspecto general, como las de un auténtico contador partidor con facultades muy superiores, casi excepcionales, de manera que se trata de una partición con las mismas exigencias y efectos que si las realizase el propio causante. Esta partición ofrece la particularidad de que el fiduciario puede realizar el pago de las legítimas tanto con bienes de la herencia como con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar, e incluso con bienes propios. Esto supone la posibilidad de que la legítima sea pagada con bienes extra hereditarios.

Las facultades del delegado son tan importantes, que puede realizar todas las actuaciones de partición, tal cual si se tratase de un causante. Pero esto, no quiere decir que sea como el testador, porque no se encuentra en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de este. En definitiva, puede partir, distribuir, mejorar, adjudicar, pero no puede en absoluto instituir herederos, lo que corresponde exclusivamente al causante de la sucesión.

6.- **El cónyuge fiduciario está facultado pero no obligado por el testador**. Se trata de una concesión u obligación con facultades, no de un mandato-orden. El efecto práctico que esto supone, es el de una organización del patrimonio y sucesión de familias con intereses distintos –incluso a veces contrapuestos-. Los bienes, en caso de que se disponga de tal opción, pueden no repartirse hasta que fallezca el segundo de los progenitores.

7.-El delegado puede mejorar tanto *inter vivos* como *mortis causa*, si bien, las atribuciones y mejoras realizadas por el facultado a favor de sus descendientes por actos *inter vivos*, no pueden ser consideradas donaciones. La mejora puede ser **total o parcial**, sin que el comisionado pueda ser obligado a hacerlo de la totalidad de la

herencia.

8.-Pueden ser mejorados tanto los hijos como los descendientes comunes, incluso cuando existan descendientes, cuyos progenitores que son hijos del causante y del delegado que viven y ostentan derecho a la legítima.

Los hijos y descendientes no comunes no podrán ser mejorados por el fiduciario, sino tan solo por el testador, ya que no cabe la extensión de las facultades del 831 CC, al tratarse de una norma excepcional. Lo único que impone el artículo 831 CC respecto de estos, es el respeto de la legítima.

9.-La acción concedida por el artículo 831 CC al descendiente común perjudicado – pero no preterido-, es una acción **rescisorio** y solo en la medida necesaria para obtener la pretensión, limitándose al interés lesionado. Esta acción es de naturaleza parecida a la de rescisión por causa de la lesión del artículo 1075 CC.

10.-En cuanto a la forma de pago para los hijos o descendientes comunes, la regla general es el respeto absoluto del principio de intangibilidad de la legítima. No obstante, la redacción de 2003, ha admitido nuevos horizontes con la habilitación del **pago a los legitimarios con bienes propios del supérstite**, e incluso de los procedentes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, lo que acerca también la facultad a las fiducias forales en lo que se refiere a la naturaleza de la legítima; todo esto, unido a la también reformada redacción del 1056.2 CC y la forma de pago recogida en los 841 siguientes del CC, hacen que admitamos que estamos ante un posible cambio en la naturaleza de la legítima de derecho común.

Sostenemos **la posibilidad, en supuestos especiales, del aplazamiento del pago** de la legítima de los descendientes comunes: mantenimiento de empresa familiar hasta su adjudicación, conservación del patrimonio y protección de incapaces o de discapacitados.

11.-La “no alteración” a que se refiere el artículo 831 CC respecto a los **legitimarios que sean descendientes no comunes**, observará las siguientes reglas:

a).- El pago de su legítima, no puede quedar sometido a plazo alguno.

b).- Salvo disposición expresa del causante manifestada en el testamento, los derechos legitimarios de estos descendientes no comunes no se circunscriben ni limitan a la legítima estricta, porque no resulta del 831.4 CC, a diferencia de lo que ocurre con los descendientes comunes, que están sometidos expresamente a esa parte estricta por la literalidad del 831.3 CC. Por lo tanto, la participación de los descendientes no comunes, a falta de mención especial del causante, será en la legítima larga (tercio de legítima y tercio

de mejora dividido entre las cabezas).

c).- La legítima de esos descendientes no comunes, no podrá ser pagada con bienes no hereditarios, porque la facultad del fiduciario de hacerlo con los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada o con los suyos propios, solo puede utilizarla con los descendientes comunes.

Los descendientes no comunes, siguen conservando, a pesar de la fiducia, todas las acciones de complemento y suplemento de legítima, de preterición, de reducción de disposiciones y donaciones inoficiosas, y por supuesto la de la intangibilidad de la legítima. Las actuaciones que no sean susceptibles de reducción, serán de nulidad, en armonía con la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima.

12.-La administración de los bienes sometidos a la delegación, salvo disposición especial del testador, corresponderá al fiduciario; por lo que se hace conveniente compaginar la delegación con un legado de usufructo universal y vitalicio a favor del fiduciario, sobre los bienes de la herencia que se ha de distribuir. El testador podrá incluir, si lo desea, la posibilidad de que su fiduciario goce de la libre disposición de los bienes con cargo al tercio de libre disposición, pero con el límite de no perjudicar la legítima. Se hace indispensable, la formulación del inventario y valoración de los bienes.

Al existir una delación pluripersonal y simultanea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad debido al llamamiento genérico, **la herencia no es yacente pero se encuentra en una situación de pendencia** hasta el momento en que se termine la ejecución de la fiducia.

13.-El ejercicio de la fiducia será gratuito salvo las previsiones de premio o remuneración que haya hecho el testador, si bien existirá para estas un límite: ninguna disposición del causante a favor del delegado, unida a las mejoras del mismo, podrán superar los límites y barreras que preservan la legítima de los hijos o descendientes. El causante podrá ordenar en su testamento algún legado a favor del fiduciario, sea mencionado como compensación o no. Lo normal es que la concesión de la delegación se vea acompañada con un legado de usufructo a favor del fiduciario, con lo que obtendrá suficiente premio con los frutos y rendimientos del caudal hereditario, sobre todo, si la fiducia es vitalicia. El fiduciario, incluso en este caso, no está obligado a aceptar el ejercicio de la fiducia.

14.-Para la disposición de los bienes sometidos a la fiducia sucesoria se observarán las reglas siguientes:

a)- Por el acuerdo unánime de todos los herederos y el fiduciario se podrá proceder a la disposición o enajenación de cualesquiera bienes concretos de la herencia. De existir un menor o incapacitado se precisará la autorización judicial.

b)- Por sí solo, el fiduciario únicamente puede disponer de los bienes sometidos a la fiducia, entre los hijos y descendientes comunes pero no a favor de terceros.

c)- El fiduciario podrá realizar disposiciones por sí solo a favor de terceros, cuando hubiere sido autorizado expresamente por el testador para los casos de necesidad (pérdida de bienes, evidente deterioro), utilidad (inversión en otros bienes más productivos). Faltando esa autorización expresa del testador, no podrá disponer de nada por sí solo, aún grave riesgo de conservación del patrimonio, pues su función es exclusivamente la de administrar.

15.-Respecto a la cuestión de si puede el cónyuge fiduciario liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales, en principio hay que responder negativamente. En primer lugar porque en caso de existir menores o incapacitados habría que exigir las representaciones pertinentes y en su caso las autorizaciones judiciales correspondientes y especialmente las que procedan para el caso de colisión de intereses con el fiduciario. En segundo lugar, porque dejaría a los hijos prácticamente inermes, y esa liquidación afecta a los hijos comunes y a los no comunes, por lo que hecha de forma unilateral no podría ser oponible a los hijos ni a los acreedores. En consecuencia se precisa de la intervención de los herederos.

No obstante, creemos que **debe buscarse un sistema de permitir la liquidación unilateral de la sociedad conyugal por el fiduciario, porque en otro caso, las facultades del cónyuge estarán muy mermadas**, como no sea esperar al ejercicio de la fiducia en su último testamento, si así lo autorizó el testador. Esta posibilidad de realizar en el último testamento del fiduciario, la partición y liquidación unilateral simultánea, está comprendida expresamente en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 831 CC. Apuntamos **la solución del nombramiento de un contador partidor para la realización de esa liquidación de bienes post gananciales** con facultad para liquidar la sociedad conyugal junto con el viudo/a.

En consecuencia, no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto. Pero el fiduciario tiene ciertas atribuciones a favor de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, consistentes en, por sí solo, ordenar que

determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto y por lo tanto se realice una especie de liquidación parcial respecto de los gananciales. Pero en caso de existir hijos no comunes, no cabrá tal liquidación parcial puesto que no se habrá podido calcular su legítima.

Al cónyuge supérstite se le atribuirán bienes de la sociedad conyugal extinta (comunidad post ganancial) por la mitad del valor de esta; por lo que puede utilizar este valor para mejorar y atribuir a sus hijos con determinados bienes, si bien en aras de la buena fe, no podrá utilizar la facultad conferida en su propio beneficio y deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes pero con algunos límites: respeto de las preferencias establecidas en el artículo 1406 CC (que son a su favor) y no podrá disponer del metálico existente hasta que sean pagados los acreedores (1400 CC).

16.- Es posible el pago de las legítimas y demás disposiciones del causante **con cargo a los bienes del fiduciario**, si bien ese pago, quedará limitado a la hipótesis del ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte de ese fiduciario, ya que si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos en ejercicio de esas facultades estarán sometidas a posibles acciones de inoficiosidad; esto es, que por el transcurso del tiempo, al abrirse la sucesión del fiduciario, hubiese variado su patrimonio de forma que esas adjudicaciones que lo fueron en concepto de mejora se conviertan en inoficiosas por perjudicar la legítima de otros hijos o descendientes.

Los legitimarios no tienen por qué recibir su legítima a título de herencia. Puede ser a título de heredero o de legatario o incluso su legítima puede haber sido cubierta con una donación en vida del testador. Cabe cualquier atribución patrimonial con tal de que quede satisfecha su legítima.

Al fiduciario corresponderá efectuar el pago de las legítimas y asignar las cuotas de los hijos y descendientes, debiendo por lo tanto hacer las **imputaciones con la previa computación de donaciones y legados** realizados por el causante con las atribuciones realizadas por el mismo fiduciario.

17.-La fiducia del artículo 831 CC relegó a un segundo plano la forma de adjudicación de la empresa familiar que se recoge en el 1056, 2 CC, porque indudablemente recoge un abanico muy superior de posibilidades.

Respecto a si es posible la combinación de ambas figuras, hay que concluir en que **el testador puede conceder al fiduciario la facultad de adjudicar la empresa familiar en los términos del artículo 1056, 2 CC**. A la vista del texto de 1056 CC, cabe esta

posibilidad ya que, teniendo el fiduciario el carácter de un contador partidor además de todas las facultades que ostenta, deberemos entender que puede ejecutar la adjudicación de la empresa familiar si se le ha facultado para ello. Por lo tanto, admitimos que el fiduciario podrá atribuir la empresa familiar, utilizando el cauce del artículo 1056, 2 CC, sin necesidad de autorización del testador para ello –por estar implícita en sus facultades- en los casos de tratarse de adjudicaciones a favor de hijos o descendientes comunes. Pero en otros casos –descendientes no comunes o extraños-, será precisa esa autorización expresa con la designación del adjudicatario por parte del testador, alargándose los plazos establecidos en el 1056, 2 CC a favor de los mencionados en el 831 CC.

18.-El delegado del artículo 831 CC podrá gravar con sustitución fideicomisaria la porción que no sea la legítima estricta, de alguno de los herederos, a favor de quienes lo fueron llamados también (hijos o descendientes). Para usar de esta facultad deberá estar autorizado para ello por el testador. No se trata más que de una forma de mejora a favor de quienes el artículo 831 CC permite hacerlo. Pero, claro está, no se podrá perjudicar el derecho de los legitimarios por lo que el fiduciario deberá velar por no romper el valor mínimo de la cuota legitimaria de aquéllos.

Por lo tanto, cabrá gravar la porción de un hijo con sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente, pero con los límites siguientes: a) respeto absoluto de la legítima estricta de los hijos y descendientes en su caso, b) que los llamamientos no podrán ir más allá del segundo grado o que se hagan a favor de personas vivas al fallecimiento del testador, en los términos del artículo 781 CC.

No obstante, **hay una importante excepción por lo que se refiere al respeto absoluto de la legítima estricta: el fideicomiso sobre la legítima estricta cuando está realizado para mejorar o garantizar el derecho de un incapacitado judicialmente**, que cabe de conformidad con los artículos 808 y 782 CC y en los términos señalados por los citados artículos, esto es, una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Previamente, para gravar la legítima se requiere que el hijo o descendiente haya sido declarado incapaz por sentencia judicial firme, sin que baste que tenga cualquier tipo de minusvalía. La institución de este fideicomiso de los artículos 808 y 782 CC cuando sea gravada la legítima estricta, si se hace por el delegado del 831 CC, a nuestro juicio, requerirá la autorización del testador para que el fiduciario pueda utilizar de la facultad de constituirlo. No obstante es respetable la doctrina

mayoritaria de que no es precisa la autorización del testador sino que basta que no lo haya prohibido expresamente.

19.-Aunque no se explica claramente en la norma, todo lo que se refiere a la descendencia común, **también se aplica a las parejas de hecho**. En estas parejas de hecho y ante la existencia de hijos comunes, la norma presupone una relación de hecho con una cierta duración temporal. La pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente **algo de convivencia, o al menos una *afectio maritalis***. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero “*de facto*”. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza.

No se va a exigir a esas parejas de hecho la inscripción en el registro administrativo correspondiente como requisito imprescindible para ser consideradas como tales; ya que no olvidemos que en el texto se acompañan a la unión de hecho otros requisitos, que es la de que existan hijos comunes, y cualquiera de éstos dos requisitos acompañados de la concesión de la facultad plasmada en el testamento, (que es el documento público y fehaciente) es más que prueba suficiente para considerar la situación de pareja de hecho en regla y en consecuencia habilitada para conceder al supérstite esa facultad. En conclusión, bastará la concesión en el testamento, que hace a su vez de reconocimiento en documento público de esa situación de unión de hecho, sin que sea necesaria otra prueba de la relación afectiva entre concedente y beneficiado por la delegación, ya que no olvidemos que al menos existe algún hijo común.

20.- Las facultades conferidas al conviviente *more uxorio* cesan si éste contrae nuevo matrimonio, o mantiene otra relación *more uxorio*, o tiene algún hijo no común. También cesan en el caso de ruptura de la convivencia entre la pareja de hecho. La solución notarial ayudaría a recoger el régimen de estas uniones de hecho, por ejemplo mediante el otorgamiento de una escritura pública complementaria del testamento o en el testamento mismo, en donde se determinen con precisión las circunstancias que presumirían el cese de la convivencia de hecho, como por ejemplo una domiciliación distinta, o cambio de aquella, o un acta notarial de manifestaciones y cualesquiera actos que puedan ayudar en el futuro a facilitar la prueba.

BIBLIOGRAFIA

- ALBACAR LOPEZ, J. L.; DE CASTRO GARCÍA, J. “Código Civil- Doctrina y Jurisprudencia” Tomo III Editorial Trivium. ISBN 84-7855-914-0
- ALBALADEJO GARCIA, M. “Curso de Derecho Civil V”. Derecho de Sucesiones Barcelona 1997. “La Mejora” Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. Madrid 2003. ISBN 84-95240-82-3. “Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones” (9ª Edición) Edisofer, S.L., 2008. ISBN 9788496261570. “Discurso de investidura como Académico de Número en la Academia de Jurisprudencia y Legislación” Publicaciones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Cometa 1983. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”. RDP, 2005 (nº 69). “Curso de Derecho Civil V”. Edición 7ª. Barcelona 1997. “Artículos 712 y 713 en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” Tomo XI Volumen 2º. Madrid 1983. “Dos aspectos de la partición hecha por el testador” A. D. C. I-III 1948. “La mejora del nieto”. Actualidad Civil número 36, Octubre 1997.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirigidos), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, Vol. 2º, Madrid, 1984. “Artículo 1057, párrafo 1º” “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por M. Albaladejo. Tomo XIV. Vol. 2º Madrid 1989
- ALONSO LAMBAN, M. “Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón” (Revista de Derecho Notarial) Separatas de V y VI- Julio y Diciembre de 1954; y IX-X- Julio- Diciembre de 1955. “Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa”, Temis, nº 12, 1962.
- ALONSO, J. “Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra que han quedado vigentes por la ley paccionada de 16 de Agosto de 1841”. Reedición de la original de 1848. Biblioteca de Derecho foral. Pamplona 1964. Vol. 1º
- ALPAÑÉS E. «La delegación de la facultad de mejorar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Segunda Época, Tomo XXVI, marzo 1953.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T. “La mejora en favor de los nietos” Edisofer S. L. Madrid 2003. ISBN 84-89493-85-5
- ALVAREZ POSADILLA, J. “Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España, en el que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en su día rigen”. 4ª Impresión. Madrid 1833.
- ALVAREZ VIGARAY, R. “El sistema de Derecho civil en la literatura jurídica del Siglo XIX español”. Revista General de Jurisprudencia y Legislación, marzo de 1986. Proyectos de Código civil en la primera mitad del Siglo XIX. Anales de la R. A. J. L. en el nº XIX dedicado al Centenario del CC Español 1988.
- ARANGIO RUIZ, V. “Instituciones de Derecho romano” Nápoles, 1952; “Historia del Derecho romano”. 5ª edición. Editorial Reus S. A. 1994. ISBN 9788429012125.
- ARESPACOCCHAGA, J. “El Trust, la fiducia y figuras afines”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2000. ISBN 9788472487802.
- ARIAS RAMOS, J. Derecho romano: apuntes didácticos para un curso. Editorial Revista de Derecho privado. Edición de 1943. “Derecho Romano II”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1974. “Derecho público romano e historia de las fuentes”. Ceres. Valladolid, 1961. Otra reedición de Clares-Librería editorial, actualizada por Juan Antonio Arias Bonet, 1974. “Fideicomisos y Leyes Caducarias”. Revista de Derecho Privado. 1940.

ARREGUI GIL, J. *Comentarios al Cc y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XXXVI, vol. 1^o, 1990. ISBN 84-7130-685-9 y ISBN 84-7130-216-0.

ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. “La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media”. EUNSA-Pamplona 1977. ISBN 978-84-313-0467-6.

ASUA GONZALEZ C.I. “Designación de sucesor a través de tercero”. Editorial Tecnos. Madrid 1992. ISBN 84-309-2258-X. “Las formas de designar sucesor en bienes: el artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco” Revista jurídica de Navarra, ISBN 0213-5795, n.º 22, 1996. “Interpretación del testamento, fideicomiso de residuo si aliquid, supererit; facultades del fiduciario; subrogación real, carácter condicional del llamamiento al fideicomisario” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil ISSN 0212-6206, N.º 37, 1995. Algunas cuestiones en relación al régimen civil aplicable a los efectos del matrimonio entre personas de distinta vecindad civil: “el párrafo tercero del artículo 16 del Código Civil”. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, ISSN 0213-9995, N.º 11-12, 1991 (Ejemplar dedicado a: Reformas del Código Civil 1990-1991). “Fiducia sucesoria en el País Vasco” (colectiva de Clara Isabel Asúa González, Jacinto Gil Rodríguez, Víctor Angoitia Gorostiaga. Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco / coordinada por Judith Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dirección), Vol. 1, 2011, ISBN 978-84-470-3640-0.

AYERVE DE AYORA, A. “Tractatibus de partitionibus bonorum”. I, III, números 7 a 10. Granada 1586. Traducción Universidad de Granada.

BALDO UBALDI Y BARTOLO DE SAXOFERRATO. Juristas del Siglo XIV. “Comentarios a la ley Saucimus” en “Comentarios al Codex”. Referencias 8,54, 34. “Comentarios al Corpus Iuris Civilis” por Baldo Olegli Ubaldi. Tomado de la traducción de María Ada Benedetto. Edición de 1958. “Bartolo de Sassoferrato. Iu Novissimo Digesto Italiano”. Vol.2 ISBN: 88-02-01797-2.

BARO PAZOS, J. “La Codificación de Derecho civil en España (1808-1889)”. Santander 1992. “Los proyectos de Código civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García de Goyena” (en la obra de los Escritos jurídicos en homenaje a Luis Mateo Rodríguez) Universidad de Cantabria-Santander 1993.

BARRACHINA PASTOR, F. “Derecho Foral Español: sus relaciones con el Código Civil, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado”. Analecta Editorial. 2004. Establecimiento tipográfico de J. Armengot e Hijos, 1911-2. ISBN: 84-96012-71-9.

BELDA MERCADO, J. “La mancipatio fiduciae causa como garantía crediticia”. Revista General de Derecho romano; n.º 9. 2007. ISBN 1697 3046

BERMEJO PUMAR, M. M. “El Artículo 831 del código Civil”. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias. (la mejora a favor del cónyuge). Tesis de 1999. Publicación del Consejo General del Notariado 2001. ISBN 84-95176-08-4.

BETANCOURT, F. “Derecho Romano clásico”. Universidad de Sevilla. Sevilla 1995. Otra del Secretariado de publicaciones. 3ª edición revisada y aumentada. 2007. ISBN 84-472-0229-1.

BETTI, E. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Reedición de Comares año 2000. ISBN 848444225X, 9788484442257. “Instituciones de Derecho romano”. (Instituzioni di Diritto romano). Padora 1942.

Biblioteca de Derecho foral. “Cuadernos de Cortes de las leyes y agravios reparados por los tres Estados del reino de Navarra” (de 1896). Reedición en Biblioteca de Derecho foral, Pamplona 1964.

BIONDI, B. "Sucesión testamentaria y donación". 2ª edición Bosch. (Traducción del italiano por Fairén). Barcelona 1960. ISBN 9788471621436.

BLASCO GASCÓ, F "Derecho de Sucesiones: la mejora" Editorial Tirant Lo Blanch. ISBN 9788480029193.

BONET RAMÓN, F. "Compendio de Derecho Civil" Edición digital en Amazon-Kindle. ISBN-10: 8471301687 ISBN-13: 978-8471301680

BORRELL Y SOLER, A. "Derecho civil vigente en Cataluña". Edición de 1923.

BRAGA DA CRUZ, G. "O Direito de troncolidade e régime jurídico do património familiar". Braga 1941.

BRUNNER, H. SCHWERIN. "Historia del Derecho germánico" traducida y comentada por José Luis Álvarez López. Barcelona 1936.

BURDESE A. "Lex Comisoria y Ius Vendendi en la fiducia y en el pignus". Edición Torino 1949.

BUSTO LAGO, J.M. "Derecho de Sucesiones", Tecnos, coordinado por R. Bercovitz, Madrid 2009.

CALATAYUD SIERRA, A. "Ley de sucesiones: comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho Civil: la fiducia sucesoria" RDCA Volumen 1º-1999. "Actos de ejecución de la fiducia sucesoria" – Circular 2004/0034

CAMARA ALVAREZ, M. "Compendio de Derecho sucesorio". Tercera Edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio. Madrid. Marzo 2011-Editorial LA LEY. Wolters Kluwer España 2011. ISBN 978-84-8126-879-9. "Estudio sobre el pago en metálico. Centenario de la Ley Notarial-1962.

CAMARA LAPUENTE, S. "La fiducia Sucesoria secreta". Editorial Dykinson 1996. ISBN 84-8155-164-3. "Código Civil Comentado". Volumen 2. Comentario del artículo 831. Editorial Civitas. Parte, relativa al comentario del artículo 831. 1ª Edición – Septiembre 2011. ISBN 139788447037407.

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I. "La mejora". Barcelona 2002. Editorial Bosch. ISBN: 8476986815.

CARRASCO PERERA, A.F., "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 2003. Publicada también en XI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil. Derecho de sucesiones. Presente y futuro. Santander 2006. ISBN 84-8371-634-8.

CASANUEVA SANCHEZ, I. "La adopción por matrimonios homosexuales y la DGRN, de 18 de febrero de 2009" *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*. Número 729. Enero 2012. ISBN 9771302100444.

CASTÁN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo VI-1º- 8ª Edición. Madrid 1978. Tomo VI volumen 2º: Editorial Reus, S.A. 1979. ISBN 84.290-1203-6. Y de 1994 la 12ª Edición ISBN 13 9788429013375. VI: Editorial Reus, S.A. 1ª Edición ISBN 13 9788429015867. "Derecho Civil", VI-volumen 2º- 8ª Edición. Madrid 1979. ISBN 84-290-1203. .

CASTRESANA HERRERO, A. "Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el período republicano". En obra "Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo". Madrid, 1988. Título VI. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. ISBN 84-87161-06-5.

CASTRO Y BRAVO, F. de. "Derecho Civil de España" Reedición facsimil del Consejo General del Notariado. Editorial Aranzadi S.A. 2008. ISBN 978-84-470-3121-4.

CASTRO y F. DE ONÍS. "Fuero de Salamanca" en la obra "Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. Edición en Madrid. 1916.

CELAYA IBARRA, A. “El testamento por comisario” Instituto Nacional de estudios jurídicos. Madrid 1972. Anuario Derecho Civil – Abril – Junio, fascículo III, Tomo XXV. 1972

CERDA GIMENO, J. “La prohibición de la sucesión contractual”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007. ISBN 978-84-8456-995-4.

Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1968. Recoge una edición facsímil de Pan 1861. “Los fors et Costumas den Royaume de Navarre Deca-Ports”.

CORRAL GARCÍA, E. “los derechos del cónyuge viudo en el Derecho Civil y autonómico”. Editorial Bosch. 2007.

COSTA, J. “Orígenes romanos de la herencia de confianza”. Madrid, 1894. Edita inprenta de San Francisco de Sales,

D’ORS, A. “Derecho privado romano”. Editorial EUNSA. Estudios Universidad de Navarra. Pamplona 2004. “Epigrafía jurídica de la España romana”. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios jurídicos”. Madrid, 1953. “Derecho privado romano”. 8ª edición revisada. EUNSA. Pamplona 1991. ISBN 9788431302962 “Elementos de Derecho privado romano”. 3ª edición enteramente reformada. EUNSA. Pamplona 1992 “Elementos de Derecho privado romano”. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Reedición de 2010. ISBN 8431322330.

DE BUEN, D. “Anotaciones a Colin y Capitant”. Curso Elemental de derecho Civil. Tomo VIII. Madrid, 1957.

DE DIEGO GUTIERREZ, F. C. El fideicomiso de residuo. RCDI (II).1926. También en “El fideicomiso de "eo quod supererit" en Derecho romano”. (Discurso de inauguración del curso académico de la Universidad Central de Madrid. año 1926). “Instituciones de Derecho civil español”. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid, Gráficas San Martín 1959. Tomo III. “Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo”. (Discurso pronunciado por el autor). Madrid, editorial Reus 1926. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Volumen LXXVI.

DE LOS MOZOS, J. L. “Revisión y puesta al día por J. L. de los Mozos del Derecho Civil español común o foral de CASTÁN TOBEÑAS, Editorial Reus Tomo VI. Volumen II. 1979. ISBN 84-290-1203

DIAZ ALABART, S. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación en la Ley 41/ 2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad”. Academia Sevillana del Notariado, Tomo 16, 2, 2008. Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), ISBN 978-84-9836-484-2, En “Familia y Discapacidad”. Reus 2010. ISBN 9788429015959. “*El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*”, 1981; «Comentario al art. 781 Cc», en *Comentarios al Cc y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. X, vol. 2, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 y 84-7130-216-0. «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», RDP mayo-junio 2004, ISSN 0034-7922. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, número 2006/385. Thomson-Aranzadi. 2006. ISSN 1133-0198. “La institución a favor de parientes”. R. D. P. Tomo LXII, Enero-Diciembre de 1978. “La interrogatio o interpellatio in iure (art. 1005 CC)” Trabajo en homenaje Rafael Gomez-Ferrer Sapiña, pendiente de publicación y facilitado por gentileza de la autora. “Legislación básica sobre discapacitados” Editorial

Tecnos. ISBN 978-84-309-4619-8. “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica, no incapacitadas”. Revista de Derecho Privado, año 97, mes 2, 2013. ISSN 0034-7922. “La aceptación tácita de la herencia”. Revista de Derecho Privado, año 93, mes 2. 2009. ISSN 0034-7922. “La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones” La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad / coordinada por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, Vol. 1, 2011. ISBN 978-84-8126814-0. “El fideicomiso de residuo: su condicionalidad y límites”. Bosch, 1981. ISBN 84-7294-148-5.

DÍAZ ALABART, S. y ALBALADEJO, M. (dirigidos), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, Vol. 2º, Madrid, 1984. ISBN 84-7130-462-7 y 84-7130-216-0. “Artículo 1057, párrafo 1º” “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por M. Albaladejo. Tomo XIV. Vol. 2º Madrid 1989. ISBN 84-7130-640-9 y 84-7130-216-0.

DÍAZ FUENTES, A. “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa”. Anuario de Derecho Civil XVIII-3. Año 1965. “Sobre el artículo 831 del Código civil”.

DÍEZ LAMANA, J. “El artículo 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común”. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo Nº 32-Abril 2012. (Publicado en la web de “Seminario Carlos Hernández Crespo”)

DÍEZ BALLESTEROS, J.A. “La empresa individual en el régimen de gananciales”. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1997. ISBN 84-7111-358-9.

DÍEZ GÓMEZ, A. “El nuevo artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial, enero-marzo 1982.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. “Sistema de Derecho Civil” Volumen IV, 3ª Edición. Madrid 1978. Y también en Edición 2ª de 1983. Sistema de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004. “Sistema de Derecho Civil”. Parte IV: Sucesiones. 7ª Edición-Madrid 1997. ISBN 84-309-3673-4 y en Editorial Tecnos, 10ª Edición. Biblioteca Universitaria 2012. 9788430955060.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. “El pago en metálico de la legítima de los descendientes”. Tecnos, Madrid 1989. ISBN 84-309-1727-6.

DONADO VARA, A. “Apuntes sobre la protección sobre los niños con discapacidad en el sistema de sustituciones hereditarias: la reforma del artículo 782 del Código Civil español” Comunicación presentada al Precongreso: Rumbo al Congreso Mundial en Lima-Perú Área Temática: Niños con discapacidad. Publicación en internet de la página del Departamento de Derecho Civil de la UNED. “Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor del legitimario con discapacidad”. En Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez. (Coordinado por Josefina Adventosa del Río y Rosa María Moliner Navarro). Vol. 1. 2008. ISBN 9788437071763.

ECKHARD, K.A. “Historia monumental germánica”. (Traducida al castellano en esta parte por Cámara Lapuente). Tomo IV, parte II, Hannover 1969.

ELIZONDO, J. “Novísima recopilación de las leyes del reino de Navarra”. Compilación hecha en 1725. Edición de la Biblioteca de Derecho foral. Pamplona 1964. (Vol.3).

ESCALONA. “Historia del Real Monasterio de Sahagún” nº 115.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “El gravamen de la legítima en el Código Civil.. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad” Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo nº 53 2005. ISSN 1132-0044.

ESTRADA ALONSO, E. "Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español" Civitas. 2ª Edición.1986. ISBN 9788473983853

FERNANDEZ DE BUJAN, F. "Sistema contractual Romano". Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2003, y 3ª edición de 2007. ISBN 978-84-9772-644-3. "Historia e instituciones de Derecho romano privado" En la parte "La fiducia en función de garantía. La fiducia cum amico". (Biblioteca jurídica virtual Amazon, Instituto de investigaciones jurídicas).

FERNÁNDEZ ESPINAR, R. "Las fuentes del Derecho histórico español. Esquemas y resúmenes". Editorial CEURA. 2ª Edición Revisada. Madrid 1986. ISBN 9788485942329.

FERNANDEZ GIMENO, J.P. "Problemas de la transmisión de la empresa familiar". Editorial Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia. Valencia 1999. ISBN 84-8002-820-3.

FERRERES J.B. "Instrucciones canónicas con arreglo al Código de Pío XII". 4ª Edición- Barcelona 1926.

FLORENSA TOMAS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro, D. (coord.), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2005

FONT RIUS. J.M. "Las redacciones iniciales de usos y costumbres de Tortosa". Costumbres de Tortosa. Estudios UNED. Centro Asociado de Tortosa 1979.

FOSAR BENLLOCH, F. "Más sobre el artículo1056, párrafo 2º del Código Civil". R.C.D.I. 1971. "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil". Anuario de Derecho Civil XVI-II. 1963.

FUENMAYOR CHAMPIN, A. "Problemas que plantean los cánones 1499 párrafo 1 y 1513 desde el punto de vista civil". (R. E. D. C.-V). (1950). "La mejora de labrar y poseer". Anuario de Derecho Civil. I a III. Vol. 1, Nº 3, 1948. ISSN 0210-301X

FUENTESECA DEGENEFFE, C. "El negocio fiduciario. Tribunal Supremo". Editorial Bosch. Barcelona 1997. ISBN 8476984316 "Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón". Revista de derecho privado. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Enero de 1998. Volumen 51, números 1 y 2.

FUENTESECA DÍAZ, P. "Líneas generales de la fiducia cum creditore". "Derecho romano de obligaciones". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1994. ISBN 84-8004-118-8. También publicado en la colectiva dirigida por Margarita y Cristina Fuenteseca Degeneffe. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2009.

GARCIA CANTERO, G. "Empresa familiar y sociedad de gananciales" y Transmisión mortis causa de la empresa familiar", ambas en la obra colectiva "La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar". Seminario del Consejo General del Notariado en la UIMP, dirigido por Víctor Manuel Garrido de Palma. Editorial Civitas S. A. 1995.ISBN 84-470-0488-0.

GARCIA COLLANTES, J.M. ""Bases para la unificación del derecho documental". En la colectiva "La unificación jurídica europea". Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, dirigido por el mismo José Manuel García Collantes. Civitas Ediciones 1999. ISBN 84-470-1319-7.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. "La comunidad Patrimonial de la Familia en el derecho Español Medieval".-Acta Salmanticensia, Derecho, Tomo III, n º 1. Salamanca 1956.

GARCÍA GALLO, A. "Del testamento romano al testamento medieval. Las líneas de su evolución en España". Revista de Historia del derecho. AHDE 47. 1977. "Del testamento romano al medieval". Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid,

1977. "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española". (A.A. M. Notariado) X, 1959. "Manual de Historia del Derecho español" 10ª reimpresión. Madrid 1984. "Curso de Historia del Derecho español", parte de "Introducción e historia de las bases de formación del Derecho, de las fuentes y del Derecho público". (Madrid 1946-1950) 2 Volúmenes. En volumen 2 de 6ª edición de 1956; "Manual de Historia del Derecho español. Antología". Madrid 1959-1962. En 7ª edición de 1977. "El documento y los formularios jurídicos en España desde la época prerromana a la Alta Edad Media". (Anales de la Academia Matritense del Notariado). Madrid, 1978. "Los documentos y los formularios jurídicos de España hasta el Siglo XII" A.A.M.N. Tomo XXII. "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española". (A.A.M. Notariado) X del año 1959. "Estudios de Historia de Derecho Privado" (Sevilla 1982). "El documento en Castilla en la época de Alfonso X el Sabio". "Las instituciones sociales en la España de la Alta Edad Media (Siglos VIII-XIII)". Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social, nº1 (1945). "Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio". AHDE.21-22 (1952). "Manual de Historia del Derecho Español". 10ª reimpresión. Madrid 1984. "Los enigmas de las Partidas". Publicación del Instituto de España. VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio (Madrid 1963). "Nacionalidad territorialidad del Derecho en la época visigoda". AHDE-13 (1936-1941) "Instituciones sociales en la España de la Alta Edad Media" Revista de Estudios Políticos. Suplemento de política social número 1. Año 1945. "Notas sobre el reparto de tierras entre visigodos y romanos". En HISPANIA, nº 1 (1941).

GARCÍA GOYENA, F. "Concordancias y Comentarios al Proyecto de Código Civil Español". Madrid 1852. Imprenta de la Sociedad Tipográfico- Editorial a cargo de F. Arienzo. "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español". Madrid 1852. Ediciones reimpresas y reeditadas de Barcelona en 1973 y Zaragoza en 1974. "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español". Zaragoza 1974. (Reimpresión de la edición de Madrid de 1852-Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza).

GARCIA RUBIO, M. P. "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar". Anuario de derecho Civil. Tomo LXI, fascículo de Enero-Marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia.

GARCÍA-GRANERO FERNANDEZ, J. "artículo 831" (Revista de Derecho Privado, 1949). "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora" RDP, 1949. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo XI- Edersa 2004. ISBN 978-84-713026-2-5. Tomo XXXVI Vol. 2º. Edersa 1990. ISBN 84-7130-685-9 y 84-7130-216-0.

GARRIDO DE PALMA, V. M. "El Notario ante el artículo 831 del Código Civil". Anuario de Derecho Foral-Separata. Diputación Foral de Navarra. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1976 y 1977. Publicado también como "Visión notarial del artículo 831 CC" en "Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre" Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1976. Tomo III. ISBN 84-400-3312-5. "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil". Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas". R. J. Notariado. Julio-Septiembre 2005, nº 55. ISSN 1132-0044. Publicado también en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia. Murcia 2004. "La confianza y el Derecho civil. ¿Cuándo el Trust?". Revista Jurídica del Notariado, nº 59. Julio-Septiembre 2006.

GARRIDO MELERO, M. "Matrimonio conviviente More Uxorio". Revista "La Notaria" número 8, 1998. "Matrimonio conviviente more uxorio y familia en el Código Civil de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja". (En la Notaría

Julio-Agosto 1998). “Los fideicomisos” En la obra “Instituciones de Derecho privado” la parte de Sucesiones Tomo V. Volumen 1º “La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma”. ISBN 84-470-1597-1 y 84-470-2156-4. “Régimen jurídico de las parejas de hecho”. En la colectiva “El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales”. Editorial Aranzadi S. A. 2006. ISBN 84-470-2509-8.

GAYO. “Instituciones” (2-102 y 103).

GIBERT, R. “Historia General del Derecho Español”. Granada 1968. Reeditada por Copigraf en 1975.

GIMENEZ ARNAU Y GRAN, E. “Derecho Notarial” 1976. Ediciones de la Universidad de Navarra- Euns. ISBN 84-313-0015-9.

GOMEZ BUENDÍA, M. C. “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”. En la obra, los Patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán, coordinado por Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar- 2006. Ediciones Marcial Pons. Colegio Notarial de Cataluña. Madrid, Barcelona, 2006. ISBN 84-9768-279-3.

GÓMEZ GALLIGO, F. J. “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado” En la colectiva, Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad – Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad- ISBN 84-96347-59-1. Editorial “SAN JOSE, S.A.”. Depósito Legal 1934-2006. “La Sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado” RCDI año LXXXI, enero-febrero 2005, núm. 687.

GOMEZ MORAN, L. “Testamento-partición”. R. C. D. I. 1949, n.º 257. “Tratado teórico práctico de particiones. El ejecutor testamentario en el Derecho comparado”. Instituto editorial Reus 1950. También en Revista de derecho Notarial, número de 1951.

GONZALEZ ENRIQUEZ, M. «Naturaleza y eficacia en la partición practicada por el testador por actos inter vivos», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 447, junio 1954.

GONZALEZ PALOMINO, J. “El usufructo universal del cónyuge viudo y los herederos forzosos”. Revista de Derecho Privado- Mayo n.º 272. Madrid 1936. “Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio”. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo II. También en publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1964. ISBN: 100890436.

GOROSABEL, P. de. “Redacción del Código civil en España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos”. Tolosa 1832. Hay 2ª edición de Madrid de 1946. “Examen de los principios de Derecho civil español”. Tolosa 1834.

GOROSCH. El Fuero de Teruel. Stockholm, Upsala, 1950.

GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO, F. “Diccionario de derecho Romano”. Reus S. A. 1976. 4ª Edición. Madrid 1995. ISBN 9788429012392.

H. KENISTON. Fuero de Guadalajara. Editado en 1924 y reeditado en 1965.

HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA M.D., en “La herencia yacente” Editorial JM Bosch Editor, Barcelona 1995. ISBN 9788476983423

HERNÁNDEZ GIL, A. “Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado” (Estudios homenaje a Castán Tobeñas). EUNSA. Pamplona 1969.

HERNANDEZ- TEJERO JORGE, F. “Lecciones de Derecho romano”. 3ª Edición. Ediciones Darro. Madrid 1978. ISBN 8485267033. “Las Instituciones de Justiniano”. Editorial Escelicer 1961. Otra edición en Editorial Comares, Granada 1998. “Derecho Romano”. Editorial Escelicer S.A. Madrid 1959.

HERRADA ROMERO, R. I. “Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil” Revista de derecho privado, ISSN 0034-7922, Año nº 84, Mes 11, 2000. También en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004.

HUERTA TROLEZ, A. “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio” en Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. 3ª época, n.º 27-October 2003. También publicado en la Revista Jurídica del Notariado, Abril-junio 2004.

IGLESIAS SANTOS, J. “Derecho romano: Historia e Instituciones”. Editorial ARIEL. Barcelona, 2000, y otra de 2008 (17ª edición). “Fideicomisos y sustituciones fideicomisarias”. Editorial R. J. C. (LVIII), 1949; la edición originaria “Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado”. Ediciones Ariel. Barcelona 1965. “Derecho romano. Curso. Historia e Instituciones”. Editorial Ariel. Barcelona 2000. “Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado”. Ediciones Ariel 1965. “Derecho romano. Historia e Instituciones”. 10ª edición revisada. Editorial Ariel Derecho. Barcelona 1990.

JORDAN DE ASSO Y DEL RIO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. “Fuero viejo de Castilla anotado”. Madrid 1757. Reimpresión de Valladolid en 1983.

JORDANO BAREA, J. B. “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones”. Anuario de Derecho civil, 1964.

JORS-JUNKEL W. “Derecho Privado romano” (traducción de PRIETO CASTRO). Edición única de la editorial Labor. Barcelona, reimpresión de 1965.

LACARRA DE MIGUEL, J. M. y MARTÍN DUQUE, A. J. “Fueros de Navarra I. Fueros derivados de Jaca. Pamplona”. Edición de Pamplona 1975. Fuero de Navarra y fueros derivados de Jaca. Estella- San Sebastián”. Pamplona 1969.

LACARRA DE MIGUEL, J.M.; VÁZQUEZ DE PARGA, L.; SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. “Fuero de Tudela. Transcripción en manuscrito 11-2-6, 406 de la Academia de Historia de Madrid”. Edición Centro de estudios Históricos en Revista Jurídica Nac. N.º 4-Julio-Diciembre de 1987.

LACRUZ BERDEJO, J. L. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Sucesiones. Tomo V. Barcelona 1988, reimpreso en 1990. 2ª Edición 2004. 4ª Edición, reimpresa en 2009. Editorial Dykinson, S.L. ISBN: 9788498497311. “Capítulos matrimoniales y estipulación capitular”. Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3ª, Estudios Jurídicos varios. Volumen II. Madrid 1962. “Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones”. 4ª Edición. Editorial Dykinson S.L. ISBN 84-9772-323-6 y ISBN 9788498497311- Año 2009. Antes en “*Elementos de Derecho civil, V. Derecho de Sucesiones*”, Bosch, Barcelona, 1981. Elementos de Derecho Civil-V”. Barcelona 1988. Reimpresión en 1990. “Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil”. R. C. D. I. en el n.º 501 de marzo y abril de 1974.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. “Derecho de Sucesiones”. Barcelona 1976.

LALINDE ABADÍA, J. “Derecho histórico español”. Editorial Ariel, Barcelona 1974.

LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de sucesiones*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011 ed. ISBN: 9788497689151

LASO GAITE, J.F. “Crónica de la Codificación Española”. Ministerio de justicia. 1998. (Comisión General de Codificación). ISBN 9788477879220.

LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. “De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación Aragonesa. Comentarios al Código Civil y

Compilaciones Forales”. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XXXIV-Volumen I. 1998. ISBN 84-7130-594-1 y 84-7130-216-0.

LENEL, O. “Quellenforschungen in der Edictcommentarem” Edición Z55 (1882). Otra reedición de la de 1889 revisada por Fernando Betancourt, Publicaciones de la Universidad de Sevilla (2010).

LEÑA FERNANDEZ, R. “El notario y la protección del discapacitado”; prólogo de Ángel Olavarría Tellez. (Publicación del Consejo General del Notariado, 1997). Otro trabajo aún no publicado sobre figuras sucesorias en la Ley 41/2003. “*El tráfico jurídico negocial y el discapacitado*”, 1997. El tráfico jurídico negocial y el discapacitado; En: La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales / Seminario organizado por el Consejo General del Notariado y dirigido por Rafael Martínez Die. Madrid: Civitas, 2000. ISBN 84-470-1419-3. Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003 / Rafael Leña Fernández.; En: Discapacitado, patrimonio separado y legítima / Fernando Santos Urbaneja (dir.).-- Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 2006. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción / Rafael Leña Fernández.; En: Academia Sevillana del Notariado. (XVI-2); curso 2004-2005.

LOPEZ ALARCÓN, M. “Legados píos” (N.E.J.-XIV). Barcelona 1971.

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. “El artículo 831 del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LVIII, fascículo nº 3 de Julio-Septiembre de 2005. ISSN 0210-301X Ministerio de Justicia. Publicaciones BOE, Madrid 2006.”Aspectos relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los Notarios”. Revista Jurídica del Notariado, nº 78, de 2011. ISSN 1132-0044. “Sociedad de gananciales: deudas privativas. Embargos de bienes gananciales por deudas del marido. Tercería de dominio interpuesta por la esposa. Procedimiento adecuado conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Comentario a la STS 2 junio 1999” Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, Nº 4, 2000. “Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes”. Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 64, Nº 585, 1988. ISSN 0210-0444. “La liquidación de la sociedad de gananciales”. Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 84-8002-872-6. “la conmutación de la legítima”. Tecnos, 1989. ISBN 84-309-1758-6.

LOPEZ FRIAS, M. J., «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», *Protección del patrimonio familiar*, F. J. Sánchez Calero/R. García Pérez, coord., Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2007. ISBN 84-8456-762-1.

LOPEZ JACOISTE, J. J. “La mejora en cosa determinada”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1961.

LOPEZ LOPEZ, J. y MELON INFANTE, C.”Versión crítica del texto y estudio preliminar del Código Civil”. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967.

LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, P. “Costumbres de Lérida”. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. Barcelona 1946.

MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, J. “Las causas pías ante el Derecho civil”. (R.E.D.C.-V) (1950). “Herencias en favor del alma en el Derecho español”. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944.

MALLO FRONTIÑAN, A. y PRADAS ARNAL, J. A. “La fiducia sucesoria” Estudios sobre el Derecho sucesorio aragonés: Trabajos del seminario de Derecho foral. Universidad de Zaragoza. (Curso 1985-1986). Año 1986.

MANRESA NAVARRO, J. M. “Comentarios al Código Civil español”. Madrid 1951. Tomo VI. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme las bases aprobadas por la Ley de 21 de Junio de 1880. Tomo IV. “Comentarios VI”. 6ª

Edición. Originariamente en “Comentarios al Código civil español”, tomo VI, sexta ed., Madrid, 1932. “Comentarios al Código Civil español”. Tomo III, 1976, 8ª edición revisada y puesta al día por F. Rico Pérez; Tomo IV, Vol. I, 8ª edición revisada y puesta al día por Martínez Calcerrada. Vol. II, 1973; Tomo VII, 7ª edición revisada y puesta al día por Bonet Ramón. 1956. Editorial Reus, Madrid.

MARIN MONROY, A. “Fideicomisos. Origen y evolución”. (R.C.D.I.) III.1927.

MARTÍN PÉREZ, J. A. “La delegación de la facultad de distribuir la herencia como instrumento favorecedor de los discapacitados en la sucesión”. En la obra colectiva “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”. Dirigida por Pérez de Vargas Muñoz. LA LEY, Grupo Walters Kluwer. 1ª Edición de 2011. ISBN 978-84-8126-814-0.

MARTINEZ DÍEZ, G. “El Fuero Real y el Fuero de Soria”. Anuario de Historia del Derecho Español. 1969.

MARTINEZ ESPIN, P. “Comentario al artículo 1056 CC”, en “Comentarios al CC”, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Thomson –Aranzadi, 3º edición, 2009.

MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E. “Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil” Edita Becerrea. 1964, Madrid.

MEREA, M.P. “Sobre los orígenes del testamento hispánico”; “Sobre o testamento hispánico en el siglo VI”. “Sobre los orígenes del ejecutor testamentario”. Separata en los “Anais” (Anales) de Lisboa-Volumen II, de 1940.

MERINO HERNANDEZ, J. L. “La fiducia Sucesoria en Aragón”, Zaragoza 1994 (colección el Justicia de Aragón nº 36).

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D.. “*Comentarios al Fuero Nuevo*”, (dirigidos por Rubio Torrano), 2002.

MILLAN SALAS, F. “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, Enero-Marzo. 2006, número 1.

MIQUEL GONZALEZ, J. “Derecho privado romano”. Marcial Pons 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios a las reformas del Derecho de Familia”. Volumen II. Editorial Técnos- Madrid 1984.

MOLMO, M. “El fuero de Jaca, Edición crítica”. Escuela de estudios Medievales, Instituto de Estudios Pirenaicos. Zaragoza 1964.

MOMMSEN, T. “Historia de Roma”. Reedición de la editorial TURNER 2003. (4 volúmenes, especialmente el I.

MORELL Y TERRY, J. “Mejoras”. R.G.L.J. 1893. Tomo 83.

MORETÓN SANZ, M.F. “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, RCDI, nº 687, 2005.

MOSTAZO. “Tratado de causas pías en género y en especie”. Venecia. 1715. Edición de “Araid Paulum Balleonium.”

MUÑOZ Y ROMERO. “Colección de Fueros municipales y cartas pueblos de los reinos de Castilla león, Corona de Aragón y Navarra”, Madrid 1847 reeditada por Ediciones Atlas, Madrid 1972.

NAVARRO AMANDI, M. Con la colaboración de Ilustrados Jurisconsultos y prólogo de Eugenio Montero Ríos. “Código civil de España”. Editor Juan Vidal. 1880.

NUÑEZ IGLESIAS, A. “El testamento por comisario”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid 1991. Fundación Matritense del Notariado, 1991, 4º, XXIV.

NUÑEZ LAGOS, F. “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español”. Madrid 1934.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “*Comentario del Código Civil*”, tomo 4, Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Bosch. Barcelona, 2000.

ORTÍ VALLEJO, A. “Las facultades de disposición mortis causa de bienes gananciales”. Anuario de Derecho Civil, 1989.

OSTOLAZA ELIZONDO, I. “El Fuero Reducido de Navarra”. V.V. Pamplona 1989. Tomo II.

OTERO, A. “Realidad histórica de la adopción”. A.H.D.E. (XXVII y XXVIII) 1957 y 1958.

PALAZÓN GARRIDO, M. L. “La sucesión por causa de la muerte en la empresa mercantil”. Edita Tirant lo Blanch. Valencia 2003. ISBN: 84-8442-700-5.

PANERO GUTIERREZ, R. Derecho romano. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 y otra edición de 2008 (4ª Edición). ISBN 9788498762914.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. “El Anteproyecto de Código Civil español”. (1882-1888). 2ª Edición. (Consejo General del Notariado. 2006) ISBN: 84-95176-50-5.

PEREÑA VICENTE, M., “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *La Ley*, 2004, D-41.

PEREZ LOPEZ, X. Delegación de la jurisdicción el Derecho romano. EDISOFER S.L. 2010. ISBN 9788496261884.

PEREZ DE BENAVIDES. “El testamento visigótico”. Granada 1975.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. “Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 21, 1ª quincena, diciembre 2004.

PESET, M. “Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821”. A.D.C. (XXVIII de 1975).

PLANITZ H. “Gründzüge des deutschen privatrechts”. Texto traducido por MELÓN INFANTE, C.: “Principios de Derecho germánico”. Barcelona 1957. “La fiducia sucesoria” Traducción de Melón Infante, Barcelona 1957.

PORPETA CLERIGO, F. “Naturaleza jurídica de la legítima”. Estudios sucesorios. Curso de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona.

PRADA ALVAREZ-BUYLLA, P. “El artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil y las menciones legitimarias”. R.C. D. I. 1970

PUIG BRUTAU, J. “El testamento del empresario” R.D.P. 1960.

PUIG FERRIOL, L. “Instituciones de Derecho Civil de Cataluña”. Vol. III. Derecho de Sucesiones-Editorial Tirant Lo Blanch- Enero 2009. ISBN 84-9876-4092. “La Institución de heredero por fiduciario”. (R.J.C.) 1964. “Sobre la fiducia testamentaria”. Notas a la Sentencia de 11 de Junio de 1960. (R.J.C.) (LXVI)-1966. Recoge recensión de ésta, “Instituciones de Derecho Civil de Cataluña” 4ª. Edición Tirant Lo Blanch 1992. “Las herencias de confianza en la Compilación”. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia. Murcia 2004.

PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E. *Institucions del Dret civil de Catalunya*, y, III, 1998.

PUIG PEÑA, F. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo IV, Vol. 2º y Tomo V, Vol. 2º. Editorial Revista de Derecho Privado 1947.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “Comentario al artículo 831” en “Comentarios al Código Civil” Tomo V. (dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Editorial Tirant lo blanch. Valencia 2013. ISBN 84-9033-742-4.

RAMOS Y LOSCERTALES, J. M. “Fuero de Viguera y Val de Funes”. Edición crítica del autor. Universidad de Salamanca. Salamanca 1956.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. Publicaciones “Fuero Real del rey don Alfonso el Sabio, copiado y cotejado”. Madrid 1836.

RIESCO TERRERO, A. “Legislación actual sobre las herencias y legados píos de 1889 a 1960” (A.D.C. (XV), 1962.

RIVAS MARTINEZ, J. J. “Derecho de Sucesiones Común y Foral”. Tomo II. Volumen 1º. 3ª Edición Dykinson 2004. ISBN: 84-9772-104-7

ROBLES PEREA, M.A. “El artículo 831 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Jornadas sobre la nueva protección patrimonial de discapacitados. Instituto valenciano de estudios notariales. 2004.

ROCA GUILLAMON, J. “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil- Ley 41/2003)”. En la obra “Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Tomo II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Universidad de Murcia.

ROCA SASTRE, R. M. “Estudios de Derecho privado”. Tomo II. “El fideicomiso sine liberis” en “Estudios de Derecho privado” II. – Sucesiones- Madrid 1948. Reeditado por Aranzadi, en Marzo de 2009. “Estudios sobre sucesiones” y “Estudios de Derecho privado”. Tomo II- Sucesiones (autores Roca Sastre y Puig Bretón). Editorial Aranzadi-Marzo 2009. ISBN 978-84-9903-179-8.

ROCA SASTRE R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho Hipotecario”. 8ª Edición revisada, ampliada y puesta al día con la colaboración de Jose Ángel Martínez Sanchiz. Tomo VI. Enero 1997. ISBN 84-7676-390-5.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. “Derecho de Sucesiones”. Editorial Bosch. 2ª edición revisada ampliada y puesta al día. Barcelona 1995.

RODRIGUEZ ENNES, L.; y DAZA MARTINEZ, J. “Instituciones de Derecho privado romano”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2009. ISBN 9788498766110. Antigua edición de 1997.

RODRIGUEZ ROSADO, B. “Fiducia y pacto de retro en garantía”. Editorial Marcial Pons. Barcelona 1998.

RODRIGUEZ-YNUESTO VALCARCE, A. “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003. La delegación de la facultad de mejorar”. RJN 2005, n° 55.

ROJAS MONTES, L. “Efecto frente a terceros de la modificación de capitulaciones”. (Anuario de la Academia Matritense del Notariado) Tomo XXVI. 1983.

ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. “El nuevo artículo 831 Código Civil. Una aplicación práctica.” (En Notarios y Registradores 2005) Madrid-Diciembre 2005. Revista Jurídica del Notariado n° 57. Enero-Marzo 2006.

ROYO MARTINEZ, M. “Derecho sucesorio mortis causa”. Sevilla 1951.

RUBIO RODRÍGUEZ, J. J. “Las fundaciones benéfico-religiosas en el Derecho común y español. Estudio histórico-jurídico”. Ediciones “El Almendro”. Córdoba 1985. ISBN 9788486077358.

RUDORFF, A.F. “*Edictum Perpetuum*”. 1869. Editada junto con LENEL, en Edición revisada por Fernando Betancourt en ediciones de la Universidad de Sevilla (2010).

RUEDA ESTEBAN, L. “El párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”. En la obra “El patrimonio Familiar, profesional y empresarial; sus protocolos”. (Dirigida por Vicent Juliá, Garrido Melero y Fernando Estevill). Editorial BOSCH. ISBN 84-9790-134-7. “El artículo 831 del Código Civil” (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fernando Estevill) Editorial BOSCH ISBN 84-9790-134-7. “Fiducia sucesoria del artículo 831 C. C. Boletín información del Colegio Notarial de Granada n° 279- Marzo 2005. “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil” Anales de la Academia

Matritense del Notariado. Tomo XLIV. Año 2003. Publicado también en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos”. Dirigida por Vicent Chuliá, Garrido Melero y Fugardo Estevill. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. “Reforma del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil” en la colectiva sobre “Sociedad Limitada Nueva Empresa”. Cuadernos de Derecho y Comercio. Consejo General del Notariado. Junio de 2003. ISSN 1575-4812.

RUIZ DE VELASCO, A. “Manual de Derecho Mercantil”. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas”. 2ª Edición. Madrid 2003- ISBN: 84-8468-1025.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. “La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2ª quincena de febrero de 2004.

SAEZ, E. “Los fueros de Sepúlveda”. Edición crítica-apéndices documentales- Segovia 1953.

SALCEDO IZU J. “Sistema de fuentes histórico jurídicas españolas”. 8ª edición. Pamplona, 1990.

SALINAS QUIJADA, F. “Derecho civil de Navarra” Tomo VI. Volumen 2. Editorial Gómez. Pamplona 1977.

SAMPER POLO, F. “La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar” (“AHDE”, XXXVIII, 1968.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. “Derecho Civil Español, Común y Foral” en “Codificación Civil en España” y Apéndices Forales- Edición de 1889-90-Madrid. “Impresiones de la Real Casa 1890”. “Estudios de Derecho Civil”. Tomo VI- Sucesiones Vol. 2º. “Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla y el Código Civil y la Historia General de la Legislación Española”. Estudio tipográfico “Sucesores de Ribadeneyra” Tomos IV y VI Madrid 1910

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G. “Introducción al Libro de los Fueros de Castilla”. Editorial de Galo Sánchez. Barcelona 1924.p IX. “Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares”. Centro de Estudios Históricos. Madrid 1919. “El Fuero de Soria” Centro de estudios históricos 1919. “Curso de Historia del Derecho”. Universidad de Valladolid. 10ª edición. Miñón S. A. 1972.

SANS URANGA, F. “La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”. Revista de Derecho Notarial Enero-Marzo de 1976.

SANZ FERNANDEZ, A. “Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria”. Madrid 1945.

SAPENA TOMAS, J. “La fiducia conyugal”. (Art. 831 del Código Civil)”. En la obra homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988.

SARMIENTO RAMOS, J. “Comentario al artículo 1042 C.C.”. Ministerio de Justicia, T.I

SCAEVOLA, Q. M. “Código Civil Comentado y Concordado extensamente”. Editorial Ricardo Rojas. 1897. Tomo XIV. Imprenta de Moreno y Rojas. Madrid 1898. Otra edición de 1918. “Código Civil Comentado y Concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Ortega Lorca”. Tomo XIV- 4ª edición. Instituto Editorial Reus 1944. “Código Civil”. Tomo XVIII, 2ª Edición, Madrid 1954.

SCHULZE y BRUNNER-SCHWERIN. “Institución de que toman origen los ejecutores testamentarios”. Edición antigua de 1895. Nueva edición de 1973.

SECO CARO, E. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo”. Barcelona 1960. “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo” (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español) Barcelona 1969.

SEDA HERMOSIN, M. A. “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”. (Academia Sevillana del Notariado). Editorial Comares. Tomo 15. Año 2006.

SERAFINI. “Nuevo estudio sobre las disposiciones de última voluntad sometidas al arbitrio de una tercera persona según el Derecho romano y el Código civil italiano de acuerdo a la reciente obra de Arndts”. (Archivo Jurídico, IV, 1896).

SIERRA PÉREZ, I. “La Fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”. RCL, 2003, nº 2695 (en THONSON ARANZADI 2007) Revista de Derecho Patrimonial- Editorial Aranzadi 2007.

SIMÓ SANTONJA, V. “Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa”. Anales de la Academia Matritense del Notariado”. 1984- tomo XXIV

TAU ANZOÁTEGUI, V. “Esquema histórico del Derecho sucesorio”. La Ley 1971.

TILANDER. G. “Los Fueros de Novenera”. (Manuscrito 944 de la Biblioteca de Palacio; también, pero con acotaciones en Manuscrito de la Biblioteca Nacional de Madrid) Upsala. 1951.

TORRENT RUIZ, A. “Manual de Derecho Privado Romano”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2008 (4ª Edición). También en “Manual de Derecho Romano”, Zaragoza 1987.

UREÑA Y SMENJAUD. “El Fuero de Zorita de las Canes y sus relaciones con el Fuero de Cuenca y el romanceado de Alcázar”. Madrid 1910. Fuero de Iznatoraf en “Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf.” Edición crítica por R.Ureña y Smenjaud, Madrid 1935. Traducción de A. Valmaña Vicente- Edición Tomo 2ª- Cuenca-1978).

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Estudios de Derecho sucesorio” Editorial Montecorvo, S.A. ISBN 978-84-7111-273-6- Madrid 1989. “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidas por Manuel Albaladejo. Tomo XI- Editorial R. D. P. Edersa 1982. ISBN 84-7130-360-4 ISBN 84-7130-216-0. “Comentario al artículo 831 del Código Civil”. “La mejora tácita”. Anuario Academia Matritense del Notariado. Tomo VIII. Panorama del Derecho de Sucesiones. Madrid 1982. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056”, Revista General de Derecho-1946. “Derecho matrimonial familiar y sucesorio en el Código Civil y en su aplicación práctica” (La Notaria 1946). “Comentarios al 1056” en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XIV. Vol. 2º. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. EDESA 1989. ISBN: 84-7130-640-9 ISBN: 84-7130-216-0. “Estudios sobre la legítima y la facultad del artículo 831 CC” y “Estudios de Derecho sucesorio”. En la obra “Estudios dispersos sobre las legítimas”. Volumen III. 2ª Edición revisada y aumentada. Editorial Montecorvo. 1992. ISBN: 84-7111-166-7. “Metodología de la determinación del derecho”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A. Madrid, 1984. ISBN 84-8004-108-0.

VALLS TABERNER Y D’ABADAL I DE VINYALS. “Los Usatges de Barcelona”. Reedición de la obra clásica hecha por el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga Barcelona.1984.

VALVERDE VALVERDE, C. “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo V. Valladolid 1939.

VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J.M. “Comentario al canon 1302”. (Comentarios al C. I. C.). 1983.

VAZQUEZ VIOQUE, S. “La mejora en el Código Civil Español” Madrid. 2003.

VENTOSO ESCRIBANO, A. “Convivencia more uxorio” A. A. M. N. Tomo XXXVIII.Madrid, 1999.

ZAFORTEZA DE CORRAL, L. “El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca” 1992.

Brief extract of thesis: “Article 831 of Spanish Civil Code: Fiduciary succession”

Common Civil Right has taken from foral –provincial- laws and especially from laws of Aragon, the inherited fiducia (trust) or delegation between spouses or partners, to order the succession among the children and common descendants. For this, it has used the Law 41/2003, of the 18th of November, creation of a Protected Heritage and protection for disabled, to make a new version of Article 831 of the Civil Code, regulating the figure of inherited fiducia (trust succession) in the Common Spanish civil law.

A germ of this figure was collected previously from the original wording of Article 831 of the Civil Code, but the provision was inactive, almost lethargic, as the necessities to use such a requirement made the application almost null. But with the reforms of this provision, implementation and revival with modern times impulse revitalization. The 2003 reform, protection for people with disabilities or even legal incapacitation has brought our civil law in matters of succession and family, the figure of the trust that existed regularly in some of the provincial legislation.

The line of research has come from the trust in Roman law, from its birth as given guarantees to its growth in the law of obligations and contracts to develop definitely in family and inheritance. Developments in Germanic and Gothic law to be collected by the canon, has led us to the time of the codices that led to the codification of the nineteenth century, with the inclusion of a form of delegation that was reminiscent of provincial laws. Its hard crimp legitimate system of civil law common figure would produce all kinds of interpretations of its application, until the reform of May 13, 1981 cleared its nature. Jurists wanted a form of manifestation of trust between parents regarding their children together. But the general prohibition of power to test , joint wills and inheritance contracts which give rise to interactions between its contracting institutions with the exception of certain leasehold – led to the fact that the regulation would apply very little and its roots in the common law were virtually testimonial.

Finally, with the 2003 draft, the text includes a regulation that solves many of the problems that had been raised by the doctrine over the previous years and collected a number of issues that this doctrine was made. However, the criticism has not been long in coming, it would have been better to give the figure, through Article 831 thereof, a

new full wording, complete and detailed, although this would have been necessary to split the article in numbered Civil Code.

The study begins with other figures such as succession agreements and their characteristics of voluntary, unilateral, non-reciprocal and essential removal. This means that there is an agreement as to succession or similar. We have an arrangement upon death and therefore, in the nature of these provisions. The purpose of the standard, which in its first drafts evolved from avoiding intestacy partition to the maintenance of domestic power and full preservation of family wealth, has now been manifested in the protection of legally incapacitated and disabled persons sorting through the estate of the deceased in sync with the trustee in order to obtain a full distribution of all family assets.

The generation of the trust has earned a chapter, both because drafting of 2003 can only be done by the will and because the complex treatment of the same legal aid imposes a skilled technician. This has made the care and service of Notary be applied especially in institutions of such succession. Application budgets are based on the subsistence of the trust between the spouses or unmarried partners: maintenance of marriage or a stable relationship and not merely transitory existence of common children and that there are no causes of extinction to be found in precept or breaks trust such as divorce, legal separation, nullity of marriage or cohabitation breakdown in domestic partnerships. In domestic partners, a study has been conducted on the importance of cohabitation as a consequence of the coexistence results *affectio maritalis* generating the trust, an essential element for the survival of this figure.

We treated the subject of the trust from the point of view of its capacity and regional citizenship: payer - testator or grantor - joint children, the trustee or delegate and beneficiaries. Provided, that in the latter case one must distinguish between the past, which can benefit from those who have been actually and a block of people who can not be harmed. These are the heirs, whether children common as uncommon.

The powers of the trustee are collected in a special chapter on the importance of its content: improve, distribute, allocate and award. Extraordinary features are superior to those of an accountant appointed by the deceased splitter. In this study we have reported the minimum power that can perform the trustee, which is forbidden for him and what the founder may authorize within the empire of the will of the testator.

Below is treated the limit of the powers granted and the exercise of the trust: as ordered in the will and legitimate system of the Civil Code. We present the rules regarding joint children and children unusual: on property with which they can be paid, whether or not to postpone the satisfaction of their legitimate rights and regulation that is made of a special form of omission uncommon for children and rescission action that can exercise joint children.

In the study of the performance and exercise of the trust, we stopped in the possibilities of the same: both *inter vivos* or *mortis causa*, from the standpoint of material and formal: the feedback of the partition, vehicular forms, because of the attribution and especially the administration of property of the estate that will develop the trustee. Particularly interesting, so we have made a detailed study, the possibility of a unilateral liquidation of the conjugal partnership by the surviving spouse, that is, the liquidation of the community towards Dower. We have dedicated a section to the remuneration of the trustee and its limits, based on the premise of free delegation.

The deadline for the exercise of the trust is of great importance and have distinguished volunteers deadlines aside the legal deadlines, depending on whether there unemancipated minor children. But more interesting is the study of tacit limits in which the testator assumed to expand legal. By the time, we have studied other causes of extinction of the trust, and especially the revocation thereof and ineffectiveness because of the indignity of the trustee.

One chapter is devoted to the use by the trustee of the power to award the farm or family business as a partner in it. The combination of the two figures produces an efficient way of transfer of the business, company or group of companies to those of children or relatives to assist in the family business. Finally we try to use the power granted by the testator to the trustee to improve certain children through on trusts and the use of trusts in favor of legally incapacitated.

The text is supplemented by a form of clauses to include wills what is done this succession fiduciary institution and models of registration thereof, with a commentary on the effects produced as registry outright or conditional.

The most important conclusions that have resulted from the study of the trust in the common Spanish Civil rights are:

1 - Legislator keeps the precept between those who contain the improvement regulation, probably in order not to alter the Civil Code system, but clearly the articles content are further more than just an improvement, and after the reform 2003 it has acquired the category of authentic fiduciary succession, which turns into an institution included in the code.

2 - Article 831 CC has been enlarged. In the beginnings it pursued the preservation of domestic discipline, family cohesion and the maintenance of the integrity of agricultural, livestock, manufacturing and business running. Nowadays, since the reform of 2003 (law 41/2003, 18th of November, protected heritage creation, handicapped protection and civil code modification of successions and own guardianship subjects), the aim is also, through the regulation of deceased succession, the indirect asset protection of the handicapped, and the transmission *mortis causa* of the family business, keeping it undivided, in favor of those of his descendents who clearly show to the delegate higher aptitudes or dedication to this business (it largely exceeds the possibilities of adjudication produced by article 1056.2 after the reform of 2003, Law 7/2003, 1st of April, New Limited Liability Company).

3 - It represents the most important exponent of the breach of the inviolability of legitimate principle. Other incursions existed before which restricted this intangibility, such as the reform of articles 840 and following civil codes related to the payment in cash of the legitimate (Law 11/1981, 13th of May); the reform of the second paragraph of article 1056 CC to facilitate the indivisible transmission of family business (Law 7/2003, 1st of April, New Limited Liability Company); and Law 41/2003, 18th of November, about the creation of protected assets and handicapped protection, which introduced the two most important exceptions to the legitimate intangibility: the possibility to tax the strict legitimate to protect the handicapped (in the terms indicated in article 808 CC); and the enlargement of distribution faculties and improvement of article 831 CC, which more than enlarging, draws a completely new figure of acting contents.

All this leads us to consider accepting the new doctrinal positions of the theory of “the legitimate tangibility of the civil code system”.

4 - Even though the faculties of the delegate are improving, they have a content that increases and surpasses the treatment of the classic figure of the delegate with faculty to improve, because it can decide on the attribution of two thirds of the volume, which supposes tacitly improving the third of free disposition. It is a business regulator of the succession which represents an exception to the formal personal principle. It is a fiduciary limited to the distributive faculty with certain maneuver to improve within a limited circle of people. Definitely, it is really an authentic fiduciary because it has fiduciary content, and the partition of the delegate is put under the rules of the partition of the cause (1056 CC) and not to those of the counter divider (1057 CC).

5. - The functions of the delegate are, from a general aspect, like those of an authentic counter divider with very superior faculties, almost exceptional, so that it is a partition with the same exigencies and effects that if it made the own founder. This partition even offers the particularity that the fiduciary can as much make the payment of the legitimate with goods of the inheritance as well as with goods of the dissolved and not eliminated lucrative society, and with own properties. This represents the possibility that the legitimacy is paid with extra hereditary goods. The faculties of the delegate are so important, that it can make all the performances of partition, so as if it, were a founder. But, this does not mean that it is like the testator, because it is not in the same position as that of the founder to order his succession. Definitely, it can start off, distribute, improve, to adjudge, but it cannot institute heirs, which corresponds exclusively to the founder of the succession.

6. - The fiduciary spouse is authorized but is not forced by the testator. It is a concession or obligation with faculties, not of mandate-order. The practical effect is the one of an organization of the patrimony and succession of families with different interests - sometimes even opposed. The goods, in case this option is available, cannot be distributed until the second of ancestors passes away.

7. - The delegate can improve *inter vivos* and *mortis causa*, although the attributions and improvements made by the person authorized in favor of their descendants by *inter vivos* acts, cannot be considered donations. The improvement can be total or partial, without the commissioner being forced to do it on the totality of the inheritance.

8. - The children can be improved as well as the common descendants, even when descendants exist whose ancestors are children of the founder and the delegate who lives and shows right to the legitimate.

The no common children and descendants won't be able to be improved by the fiduciary, but only by the testator, since the extension of the faculties of 831 CC does not fit, for being an exceptional norm. The only thing which imposes article 831 CC respect to, is the respect of the legitimate.

9. - The action granted by article 831 CC to the harmed common descendant is a single rescission action and it can only be granted if necessary to obtain the pretension, limiting itself to the injured interest. The nature of this action is similar to the one of rescission because of the injury of the article 1075 CC.

10. – Attending, to the form of payment for the common children or descendants, the general rule is the absolute respect of the principle of intangibility of the legitimate. However, the 2003 writing, has admitted new horizons approving the payment to the legitimates with own properties of surviving, and even of those coming from the dissolved and not eliminated conjugal society, which also approaches the leasehold faculty fiducia's in which it talks about the nature of the legitimate; all this, together with also reformed writing of 1056,2 CC and the mode of payment gathered in the 841 following ones of the CC, makes us admit that we are before a possible change in the nature of the legitimate of common right. We maintain the possibility, in special situations, of the postponement of the payment of the legitimate of the common descendants: maintenance of familiar company until its awarding, conservation of the patrimony and protection of handicapped.

11. - The “no alteration” to which article 831 CC refers with respect to legitimates that, are non common descendants, will observe the following rules:

a). - The payment of its legitimate, cannot be subject of any deadline.

b). - Except for express disposition of the founder showed in the testament, the legitimate rights of these non common descendants are not confined nor limit the strict legitimate, because it does not result from 831.4 CC, unlike what happens with the common descendants, who are specifically submitted to that part by the 831.3 CC.

Therefore, the participation of the non common descendants will be in the long legitimate (third of legitim and third of improvement divided between the heads).

c). - The legitimacy of those non common descendants, won't be able to be paid with nonhereditary goods, because the faculty of the fiduciary to do it with the conjugal dissolved society or with his own goods, can only be used by non common descendants.

12. - The administration of the goods submitted to the delegation, except for special disposition of the testator, will correspond to the fiduciary; reason why it is advisable to arrange the delegation with a universal and lifetime usufruct legacy in favor of the fiduciary, on the goods of the inheritance that is to distribute. The testator will be able to include, if he wishes, the possibility that its fiduciary enjoys free disposition of the goods charged to the third of free disposition, but with the limit of not harming the legitimate. It is indispensable, the formulation of the inventory and valuation of the goods.

13. - The exercise of fiduciary will be free except for the previsions of award or remuneration made by the testator, although a limit will exist for these: no disposition of the founder in favor of the delegate, together with his own improvements, will be able to surpass the limits and barriers that preserve the legitimacy of the children or descendants. The founder will be able to order in his testament some legacy in favor of the fiduciary, being it mentioned like compensation or no. The normal thing is that the concession of the delegation is accompanied with a usufruct legacy in favor of the fiduciary, with which will obtain sufficient award with the yields of the descendant's fortune, mainly, if fiducia is lifetime. The fiduciary, even in this case, is not forced to accept the exercise of fiducia.

14. - For the disposition of the goods submitted to successory -inheritance- fiducia the following rules will be observed:

a) - By the unanimous agreement of all the heirs and the fiduciary the disposition or distraction of any concrete goods of the inheritance will be able to be done. In case of, existence of disabled minor, a judicial authorization will be needed.

b) - By itself, the fiduciary can solely have the goods submitted to fiducia, between the common children and descendants but not in favor of third.

c) - the fiduciary will be able to make dispositions by itself in favor of third, when he is authorized specifically by the testator for the cases of necessity (loss of goods, evident deterioration), utility (investment in other more productive goods).

15. - Respect to the question to if the fiduciary spouse can eliminate the conjugal society unilaterally, in first instance it is necessary to respond negatively. In the first place because in case of existing minors or disabled it would be necessary to demand the pertinent representations and in its case the corresponding judicial authorizations and especially those that come for the case of collision of interests with the fiduciary. Secondly, because it would leave to the children practically unarmed, and that liquidation affects to the common children and the non common ones. Consequently the intervention of the heirs is needed. However, we think that a system must be found to allow the unilateral liquidation of the conjugal society by the fiduciary, because in another case, the faculties of the spouse very are greatly impaired. We propose the solution of the appointment of a counter divider for the accomplishment of that liquidation of post marital property with faculty to eliminate the conjugal society along with the widow.

Consequently, the conjugal society cannot be eliminated in a total and absolute way, without counting on legitimates and heirs of the dead. But the fiduciary has certain attributions in favor of children and common descendants with goods coming from the dissolved and not eliminated conjugal society, consisting of, by itself, ordering that certain marital estate comprises of the descendant's estate and therefore a species of partial liquidation is made respect to the lucrative ones. But in case of existing non common children, such partial liquidation will not fit since it will not have been possible to calculate his legitimacy.

16. - It is possible the payment of the legitimates and other dispositions of the founder charged to the goods of the fiduciary, although that payment, will be limited the hypothesis of the exercise of the faculty with postponed effects to the death of that fiduciary, since if it has children after the death of the fiduciary, the exercise of those faculties will be put under possible actions of inoficiosity; this is, that by the course of the time, its patrimony had varied so that those awards that were it for improvement turn into inofficious because they harm the legitimate of other children or descendants.

17. - Fiducia of article 831 CC relegated to background the form of awarding of the familiar company included in the 1056. 2 CC, because doubtlessly it gathers a very superior number of possibilities.

With respect to if the combination of both figures is possible, is necessary to conclude in that the testator can grant to the fiduciary the faculty to award the familiar company in the terms of article 1056, 2 CC. At the sight of the text of 1056 CC, this possibility is possible, because, having the fiduciary the character of a counter divider in addition to all the faculties which he already has, we will have to understand that he can execute the awarding of the familiar company if he has been authorized for it. Therefore, we admit that the fiduciary will be able to attribute the familiar company, using the channel of article 1056, 2 CC, with no need of authorization of the testator for it - to be implicit in its faculties in the cases of being awarded in favor of children or common descendants. But in other cases - descending non common or strangers, that express authorization with the designation of the awardees on the part of the testator will be precise, extending the terms established in the 1056.2 CC in favor of the mentioned ones in the 831 CC.

18. - The delegate of article 831 CC will be able to burden with fideicommissary substitution the portion that is not the strict legitimate, of some of the heirs, in favor of those who were also called heirs (children or descendants). In order to use this faculty he will have to be authorized for it by the testator. It is only an improvement form in favor of those allowed by article 831 CC. But, of course, the right of legitimates will not be able to be harmed, for this reason the fiduciary will have to commit not to break the minimum value of their legitimacy quote.

Therefore, it will be possible to burden the portion of a son with fideicommissary substitution in favor of another son or descendant, but with the following limits:

- a) Absolute respect of the strict legitimate of the children and descendants in its case
- b) That the calls will not be able to go beyond the second degree or that they become in favor of alive people to the death of the testator, in the terms of the article 781 CC.

However, there is an important exception as for the absolute respect of the strict legitimate: the trust on the strict legitimate when it is made to improve or to guarantee the right of a disabled person judicially, who fits in accordance with articles 808 and 782 CC and in the terms indicated by mentioned articles, this is, a fideicommissary

substitution in favor of a son or a judicially disabled descendant, being fiduciary the children or the disabled descendant. Previously, to burden the legitimate it is required that the son or descendant has been declared incapable by firm judicial sentence, not being enough that he has any type of handicap.

19. - Although it is not clearly explained in the norm, everything that refers to the common descendants, is also applied to the partners. In these partners with the existence of common children, the norm estimates a relation with a certain temporary duration. The partnership, if it is an analogous relation to the marriage, will imply coexistence, or at least some *afectio maritalis*. A marriage in which a basic community of life does not exist does not correspond to the idea of the institution. Therefore, with the partner it happens, the same, but “*de facto*”. The confidence that supposes fiducia has its base in that coexistence and when this breaks the delegation loses its effect, because logically the confidence has disappeared.

It is not demanding to those partners the inscription in the corresponding administrative registry like requirement essential to be considered like such. In conclusion, the concession in the testament will be enough that does as well of public document recognition of that situation of union in fact, without it being necessary another test of the affective relation between grantor and benefitted by the delegation, since we do not forget that at least one common son exists.

20. - The faculties conferred to the cohabitant *more uxorio* stop if this one contracts new marriage, or maintains another relation *more uxorio*, or has some non common son. Also they stop in the case of rupture of the coexistence between the partners. The notarial solution would help to gather the regime of these unions, for example by means of the granting of a complementary public writing of the testament or in the same testament, in where the circumstances that would presume the cease of the coexistence in fact, like for example a different domiciliation, or a notarized deed of manifestations and any other acts that can help in the future facilitating the test.